Die Durchführung des eventuellen Schadensersatzanspruches bei Herausgabeansprüchen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Herbert Eltze
Gerichtsreferendar aus Magdeburg.

Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Hein.

1935

Verlag M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28/30

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Schrifttum 5

Einleitung

§ 1. Die Fragestellung 9

I. Hauptteil Der eventuelle Schadensersatzanspruch.

1. Kapitel Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für das Entstehen eines Schadensersatzanspruches bei Herausgabeansprüchen.

§ 2. Die Entstehung eines Schadensersatzanspruches im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe 12

§ 3. Die Entstehung eines Schadensersatzanspruches im Falle des Fristablaufs . . 15

2. Kapitel Die Rechtsnatur des eventuellen Schadensersatzanspruches.

§ 4. Die Rechtsnatur des Schadensersatzanspruches für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe 17

§ 5. Die Rechtsnatur des Schadensersatzanspruches für den Fall des Fristablaufs . 19

II. Hauptteil Die Verbindung der Klage aus dem Herausgabeanspruch mit der Klage auf Schadensersatz.

1. Kapitel Die Verbindung nach § 259 ZPO.

§ 6. Die bedingte Klageerhebung . . . 21

§ 7. Die Bestimmtheit des Klageantrages . 23

§ 8. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 259 ZPO. 29

§ 9. Der Inhalt des Antrages 37

§ 10. Die Zwangsvollstreckung 41

2. Kapitel Die Unzulässigkeit der Verbindung nach § 510 b ZPO. .

§ 11. Die Bedeutung des § 510 b ZPO. . . 43

3. Kapitel Abweichende Ansichten.

§ 12. Die Ansicht der unbeschränkten Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klageverbindung 46

Schluß

§ 13. Ergebnis und Schlußbetrachtung . . 51

Schrifttum

Anger: § 255 ZPO. und verwandte Bestimmungen. — Sächsisches Archiv für Rechtspflege. 1908. Seite 449.

Baumbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz . 5. Auflage 1930. — 10. Auflage 1935.

Eccius: Besprechung zu Wilmowski-Levy, Kommentar zur ZPO. 5. Auflage. — Gruch. Beitr. 33 S. 137.

Eccius: Besprechung zu Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. — Gruch. Beitr. 45, S. 435 und Gruch. Beitr. 47, S. 151.

Falckmann: Die Zwangsvollstreckung. — 2. Aufl. I. Teil. 1908.

Fitting: Der Reichszivilprozeß. 12./13. Aufl. 1907.

Förster: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1. Auflage. 1884/1888. — 3. Auflage von Dr. Richard Kann. I. Bd 1913.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Begründet von Ludwig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein . 15. Auflage von Dr. Martin Jonas. 1934.

Haymann: Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruchs. — Gruch. Beitr. 46, S. 509.

Hein: Duldung der Zwangsvollstreckung. 1911.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. 1903.

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. 1912.

Josef: Erörterungen zu den Abfindungen bei bäuerlichen Gutsüberlassungsverträgen. — Gruch. Beitr. 47, S. 481.

Josef: Klagen auf Leistung von Sachen oder auf Zahlung des Wertes. — JW. 1910, S. 919.

Klaholt: Kann die Klage auf eventuelle Interesseleistung aus § 283 BGB. mit der Klage auf Erfüllung verbunden werden? — Gruch. Beitr. 58, S. 778.

Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. — Archiv für die zivilistische Praxis. 80, S. 141.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.
Lazarus: Klageantrag bei Klagen aus Abzahlungsgeschäften. — DJZ. 1908, S. 301.
Levy: Die Zwangsvollstreckung aus disjunktiv-vollstreckbaren Schuldtiteln nach der Deutschen Zivilprozeßordnung —Gruch. Beitr. 36, S. 31.
Marquardt: Der Antrag bei Klagen auf Herausgabe. — JW. 1909, S. 37.
Müller: Kann bei Ansprüchen auf Leistung für den Fall, daß nicht geleistet wird, zugleich auf Schadensersatz geklagt werden? — Gruch. Beitr. 57, S. 809.
Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Auflage, Bd. I, 1904, Bd. II, 1906.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Band. Sachenrecht. 5. Aufl. Bearb. von Dr. Brodmann u. Dr. Strecker. 1. Hälfte. 1933.
Pünder: Die Verbindung der durch Nichterfüllung eines rechtskräftig festgestellten Anspruchs bedingten Ersatzklage mit der primären Leistungsklage. — Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (ZZP.). 41, S. 47.
RGR-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erläutert von Dr. Bessau usw., Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. 8. Aufl., III. Bd. Sachenrecht. 1934.
Romeick: Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft I. Fristbestimmung. 1901.
Schmidt: Die Änderungen des Zivilprozeßrechts nach den Novellen des Jahres 1898. 1898.
Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
Sellner: Zur Behandlung sogenannter Eventualanträge. — Seuff. Blätter für Rechtsanwendung. 69, S. 493.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. I. Bd. 1932.
Siegel: Zur prozessualen Geltendmachung der Eigentümeransprüche. — JW. 1910, S. 55.
Skonietzki-Gelpke: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. I. Bd. 1911.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. 9. Aufl. Erl. von Kober. 1926.
Stein: Zu dem Gesetzentwurf betr. die Abänderung der Zivilprozeßordnung. — ZZP. 24. S. 209.

Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis. 1. Teil. 10. Auflage, neu bearbeitet von Steuber. 1930.
Stölzel: Zum alternativen Klagantrage. — Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht. 15, S. 129.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1. Aufl. 1877. — 7. Aufl. 1900.
Weismann: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. 1903.

Entscheidungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.)
Bd. 10,355; 15,338; 49,370; 51,243; 54,28; 58,139; 72,269; 90,177; 90,423; 91,30; 137,206; 140,213; 144,71.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch. Beitr.)
Begründet von Gruchot.
RG. in Gruch. Beitr. 47,1083;
58,1082.

Das Recht. Juristisches Zentralblatt für Praktiker.
Herausgegeben von Soergel u. a.
RG. in Recht 1902 Nr. 2014;
1907 Nr. 1322;
1908 Nr. 76;
1910 Nr. 1121.

Juristische Wochenschrift (JW.)
Herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein.
RG. in JW. 1905 S. 494;
1909 S. 393.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten (Seuff. Arch.)
OLG. Hamburg in Seuff. Arch. 47, S. 346.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Rspr.).
Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. Jena in Rspr. 2, S. 441;
OLG. Königsberg in Rspr. 5, S. 57;
OLG. Posen in Rspr. 5, S. 55;
OLG. Kiel in Rspr. 9, S. 134;
Kammergericht in Rspr.11, S. 281;
OLG. Posen in Rspr.18, S. 2;
Kammergericht in Rspr.18, S. 394.

Gesetzesmaterialien:

Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.
Herausgegeben von Hahn. Fortgesetzt von Mugdan.
Bd. II, 1881. — Bd. VIII, 1898.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Bearbeitet von Achilles, Gebhardt u. Spahn.
Bd. I. 1897. — Bd. VI, 1899.

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Herausgegeben von Mugdan. Bd. II. 1899.

Einleitung.

§ 1. Die Fragestellung.

In seinem Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung stellt Baumbach[1]) bei den Erläuterungen zu § 510 b ZPO. fest, daß nach der herrschenden Meinung der § 510 b ZPO. auf die Herausgabe von Sachen nicht anwendbar sei. Er fährt dann fort: „Das ist ein vermeidbarer Formalismus von praktisch nachteiligen Folgen; gerade bei der Herausgabe von Sachen besteht das Bedürfnis nach vereinfachter Regelung." Die vereinfachte Regelung des § 510 b ZPO. besteht darin, daß der Beklagte, der zur Vornahme einer Handlung verurteilt wird, auf Antrag des Klägers sogleich auch in demselben Urteil zur Zahlung einer Entschädigung für den Fall der nicht rechtzeitigen Vornahme der Handlung verurteilt werden kann. Die Frage lautet also, ob die Vorschrift des § 510 b ZPO. auch zugunsten des Gläubigers eines Herausgabeanspruches angewendet werden darf. Dem Gläubiger eines Herausgabeanspruches gewährt das materielle Recht unter bestimmten Voraussetzungen einen Schadensersatzanspruch für den Fall des Unmöglichwerdens der Herausgabe und für den Fall des Fristablaufs. Auch für diesen Gläubiger ist es daher von Wichtigkeit, zu wissen, wie er seinen Schadensersatzanspruch am schnellsten und erfolgreichsten verwirklichen kann. Die Erörterung dieser Frage im allgemeinen führt aber notwendig über eine Betrachtung im Rahmen des § 510 b ZPO. hinaus. Die Vorschrift des § 510 b ZPO. ist erst durch die Novelle vom Jahre 1909 in die Zivilprozeßordnung eingefügt worden. Schon vorher hat aber die Frage bestanden: wie verwirklicht der Gläubiger seinen eventuellen Schadensersatzanspruch? Kann er insbesondere die Klage auf Schadensersatz mit der Klage auf Herausgabe ver-

[1]) Baumbach, Zivilprozeßordnung. 10. Auflage. § 510 b Erl. 2; so auch schon 5. Auflage 1930; ob auch ältere Auflagen, hat Verf. nicht feststellen können.

binden, oder muß er, nachdem sich die Unmöglichkeit der Herausgabe herausgestellt hat oder die gesetzte Frist verstrichen ist, eine neue Klage erheben? Besonders hervorgetreten ist diese Frage freilich in früherer Zeit weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung. Nach dem gemeinen und preußischen Recht galt es vielmehr allgemein als zulässig, daß der Gläubiger die Klage auf Schadensersatzleistung zugleich mit der Klage auf die Herausgabe geltend machen konnte. Das preußische Recht konnte sich dabei sogar auf eine gesetzliche Vorschrift der Allgemeinen Gerichtsordnung stützen, die in Teil I Titel 22 §19 folgendes sagte: „Um eine jede unnütze Vervielfältigung der Prozesse nach Möglichkeit zu vermeiden, wird es der näheren Beurteilung der Gerichte überlassen und empfohlen, wenn schon bei der Instruktion der Hauptsache mit Wahrscheinlichkeit erhellt, daß dem Kläger die eingeklagte Sache oder Handlung selbst nicht werde geleistet werden können, sondern es nur auf das ihm dafür zu vergütende Interesse ankommen dürfte, alsdann sogleich die Hauptinstruktion, soweit es ohne großen Aufenthalt geschehen kann, mit darauf zu richten, worin dieses Interesse bestehe und wieviel solches betrage, damit, wenn der Beklagte zur Gebung oder Leistung der eingeklagten Sache oder Handlung verurteilt wird, unter einem, auch wegen des allenfalls zu vergütenden Interesses das Erforderliche festgesetzt werden könne." Auch nach dem Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung wurde die Frage zunächst in keiner Weise erörtert. In den ersten Kommentaren[2]) wurde die Frage überhaupt nicht erwähnt. Man hielt also auch jetzt noch die Verbindung der Klagen für allgemein zulässig. Eine Änderung trat erst ein, nachdem das Oberlandesgericht Hamburg in einem Urteil vom 13. April 1891[3]) die Frage der Zulässigkeit der Klageverbindung verneint hatte. Von diesem Zeitpunkte ab wurde die Frage Gegenstand wiederholter Erörterungen in Schrifttum und Rechtsprechung. Die Frage besteht aber auch noch für die Zukunft fort, denn der § 510 b ZPO. — seine Anwendbarkeit auf Herausgabeansprüche vorausgesetzt — ist eine Spezialvorschrift, die alle übrigen dem Gläubiger von der Zivilprozeßordnung gegebenen Klagemöglichkeiten unberührt läßt. Ob unter diesen allgemein gegebenen Klagemöglichkeiten sich auch eine solche

[2]) Vgl. Förster, 1. Auflage und Struckmann-Koch, 1. Auflage.
[3]) Seuff. Arch. 47, 346.

findet, die es dem Gläubiger gestattet, seine Klage auf Schadensersatz sofort mit der Klage auf Herausgabe zu verbinden, darauf richtet sich also unsere Untersuchung in erster Linie. Die Vorschrift des § 510 b ZPO. und die Frage seiner Anwendbarkeit auf Herausgabeansprüche soll jedoch aus dem Kreis unserer Erörterungen nicht ausgeschlossen sein.

I. Hauptteil:
Der eventuelle Schadensersatzanspruch.

1. Kapitel:
Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für das Entstehen eines Schadensersatzanspruches bei Herausgabeansprüchen

§ 2. Die Entstehung eines Schadensersatzanspruches im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe.

Es soll zunächst dargelegt werden, unter welchen Voraussetzungen das materielle Recht dem Gläubiger eines Herausgabeanspruches einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt. Nur in diesem Falle entsteht eine Rechtslage, in der für den Gläubiger die Frage, ob und in welcher Weise er diesen Schadensersatzanspruch sofort geltend machen kann, eine Bedeutung erlangt. Die unter diesem Gesichtspunkt zu behandelnden und somit für unsere Untersuchung in Frage kommenden Fälle können wir in zwei Gruppen sondern. Erstens kann dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch dadurch erwachsen, daß die Herausgabe der Sache — also der Gegenstand des Hauptanspruchs — unmöglich wird. Zweitens besteht die Möglichkeit, daß der Gläubiger eine Voraussetzung für die Entstehung des Schadensersatzanspruchs selbst schafft, indem er für die Erfüllung des Hauptanspruchs eine Frist setzt, nach deren Ablauf an die Stelle dieses Hauptanspruches der Schadensersatzanspruch tritt.

Wir wenden uns zuerst der ersten dieser beiden Gruppen zu und nehmen an, daß es sich bei dem Gläubiger des Herausgabeanspruches um einen Eigentümer handelt, der seinen aus dem dinglichen Rechtsverhältnis entspringenden dinglichen Herausgabeanspruch gegen den Besitzer geltend macht.

Für die Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen für einen solchen Gläubiger ein Schadensersatzanspruch im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe entsteht, müssen die §§ 985 ff. BGB. herangezogen werden. Diese Vorschriften bestimmen Inhalt und Gegenstand des dinglichen Anspruchs, der dem Eigentümer dem Besitzer gegenüber zusteht und sich nach § 985 BGB. zunächst nur auf die Herausgabe der Sache durch den Besitzer richtet, aber unter besonderen Voraussetzungen zu einem Schadensersatzanspruch wird. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen nun dem Eigentümer ein Schadensersatzanspruch erwächst, ist zu unterscheiden, ob der Besitzer, gegen den der Eigentümer seinen dinglichen Anspruch durchführt, ein redlicher oder unredlicher ist. Redlich ist der unrechtmäßige Besitzer dann, wenn er beim Erwerb des Besitzes ohne grobe Fahrlässigkeit an die Berechtigung zum Besitz geglaubt und auch später die Nichtberechtigung nicht erfahren hat. Ein solcher gutgläubiger Besitzer haftet nach § 989 BGB. für die Unmöglichkeit der Herausgabe nur, wenn diese nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit und infolge seines Verschuldens entstanden ist. Für die Zeit vor der Rechtshängigkeit trifft den redlichen Besitzer grundsätzlich keine Haftung. Der unredliche Besitzer dagegen haftet nach § 990 Abs. I BGB. bereits vor der Rechtshängigkeit, nämlich vom Zeitpunkt des Erwerbes oder der Kenntnis der Nichtberechtigung ab, für ein infolge seines Verschuldens eintretendes Unmöglichwerden der Herausgabe. Darüber hinaus trifft ihn aber nach § 990 Abs. II BGB. eine verschärfte Haftung, wenn er mit der Herausgabe der Sache im Verzuge ist. Dann haftet er nach § 287 BGB. auch für den zufälligen Untergang der Sache, es sei denn, daß die Sache auch bei rechtzeitiger Herausgabe von dem Zufall betroffen wäre. Dabei ist — gerade im Hinblick auf die hier zu erörternden Fragen — zu beachten, daß gemäß § 284 Abs. I S. 2 BGB. der unredliche Besitzer mit der Erhebung der Klage regelmäßig in Verzug gerät, seine Verschuldenshaftung sich also in diesem Zeitpunkte in die verschärfte Haftung verwandelt. Schon vor diesem Zeitpunkte aber trifft eine solche Haftung für casus mixtus den gutgläubigen wie den bösgläubigen Besitzer nach § 992 BGB. in Verbindung mit § 848 BGB. dann, wenn er den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung erlangt hat.

Ob der mit dem dinglichen Anspruch gegen den Besitzer vorgehende Eigentümer im Falle des Unmöglichwerdens der

Herausgabe noch über die in den §§ 985 ff. BGB. bestimmten Ersatzansprüche hinaus von dem Besitzer Ersatz verlangen kann, namentlich aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung oder der ungerechtfertigten Bereicherung, ist bestritten. Von der herrschenden Lehre wird die Frage verneint[1]). Die Streitfrage braucht jedoch in diesem Zusammenhange nicht entschieden zu werden. Wir haben es nur mit dem Eigentümer zu tun, der sich zunächst allein auf seinen dinglichen Herausgabeanspruch stützt, dagegen nicht mit einem solchen, der von vornherein einen persönlichen Anspruch aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung geltend macht[2]). Unsere Frage lautet also, ob dieser Eigentümer, der sich nur auf seinen dinglichen Anspruch stützt, nach dem Unmöglichwerden der Herausgabe einen persönlichen Ersatzanspruch auch in den von den §§ 985 ff. BGB. nicht ausdrücklich bestimmten Fällen erlangt. Dies wird von praktischer Bedeutung jedoch nur dann, wenn es sich um einen redlichen Besitzer im Zeitpunkte vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit handelt, wenn nämlich ein solcher redlicher Besitzer vor der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs die Sache veräußert oder die Herausgabe sonst unmöglich macht. Bei den für unsere Untersuchung in Frage kommenden Fällen handelt es sich aber immer darum, daß der Eigentümer seinen dinglichen Anspruch bereits im Klagewege geltend macht. Wir haben es daher nur mit dem rechtshängigen redlichen oder unredlichen Besitzer zu tun. Diesem gegenüber besteht jedoch für den Eigentümer keinerlei Bedürfnis, sich beim Unmöglichwerden der Herausgabe auf andere als durch die §§ 985 ff. BGB. gegebenen Ersatzansprüche zu stützen, denn diese sichern ihm eine volle Durchführung seiner Rechte.

Der Herausgabeanspruch kann jedoch auch — und im Leben bildet dies die Regel — aus einem schuldrechtlichen Verhältnisse entspringen, also aus einem Vertrage oder aus einer unerlaubten Handlung oder ungerechtfertigten Bereicherung. Dabei kann ein solcher persönlicher Herausgabeanspruch sowohl dem Nichteigentümer als auch — was jedoch wegen des § 993 BGB. namentlich hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs bestritten ist[3]) — dem Eigentümer zu-

[1]) Vgl. dagegen besonders Planck BGB. § 993 Erl. 1 b.

[2]) Die Zulässigkeit einer solchen Bereicherungsklage ist übrigens auch bestritten.

[3]) Vgl. auch hierzu Planck a. a. O. und zu dem dort behandelten Fall der Herausgabe von Nutzungen bei Nichtigkeit des Vertrages die Entschei-

stehen. Beruht der Herausgabeanspruch des Gläubigers auf einer vom Schuldner vorgenommenen unerlaubten Handlung, so ist hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe den Ersatz des Wertes verlangen kann, die Rechtslage die gleiche wie die des Eigentümers gegenüber dem unredlichen Besitzer vom Zeitpunkte der Rechtshängigkeit ab und wie die des Eigentümers gegenüber dem unredlichen Besitzer, der sich durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung in den Besitz der Sache gesetzt hat. Nach § 848 BGB. haftet derjenige, welcher einem anderen eine Sache durch unerlaubte Handlung entzogen hat und zur Rückgabe verpflichtet ist, von vornherein auch für die zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe, es sei denn, daß der Zufall die Sache im Falle der Nichtentziehung betroffen hätte. Den Schuldner trifft also eine verschärfte Haftung, ohne daß die Voraussetzungen des Verzuges vorzuliegen brauchen. In den übrigen Fällen kommen jedoch die allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff. BGB. zur Anwendung. Da wir aber wiederum nur diejenigen Fälle zu berücksichtigen haben, in denen der Gläubiger seinen Herausgabeanspruch bereits klageweise geltend macht, den Schuldner also gemäß § 284 Abs. I, Satz 2 BGB. regelmäßig in Verzug setzt, kommen wir auch hier über § 287 BGB. — bei gegenseitigen Verträgen in Verbindung mit § 325 BGB. — zu dem Ergebnis einer den Schuldner treffenden verschärften Haftung, nämlich einer Haftung für casus mixtus.

§ 3. Die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs im Falle des Fristablaufs.

Abgesehen von den Fällen, in denen dem Gläubiger eines Herausgabenanspruchs beim Unmöglichwerden der Herausgabe ein Schadensersatzanspruch zusteht, gewährt das materielle Recht dem Anspruchsinhaber vielfach das Recht, dem Schuldner zur Bewirkung der Herausgabe eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf ebenfalls ein Schadensersatzanspruch an die Stelle des Stammanspruchs tritt. In diesen Fällen hat es der Gläubiger des Herausgabeanspruchs also in der Hand, den Schadensersatzanspruch zur Entstehung zu bringen. Die Voraussetzungen, an die das Gesetz dieses Recht

---

dung des Reichsgerichts in Bd. 137, S. 206, in der sich das Reichsgericht wieder der herrschenden Meinung anschließt.

zur Fristsetzung knüpft, sind jedoch keineswegs in jedem Falle, in welchem dem Gläubiger grundsätzlich ein solches Fristbestimmungsrecht zusteht, die gleichen. Sie weichen vielmehr erheblich voneinander ab und bewirken, daß die Rechtslage des Anspruchsgläubigers in den einzelnen Fällen der Fristsetzungsmöglichkeit eine grundverschiedene ist. Nach § 250 BGB. darf der Gläubiger, der von einem zum Schadensersatz verpflichteten Schuldner die Herausgabe der Sache als Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verlangen kann, diesem von vornherein ohne jede weitere Voraussetzung eine Frist zur Herausgabe der Sache bestimmen und nach Ablauf der Frist Geldersatz verlangen. Bei einem gegenseitigen Vertrage darf der Gläubiger dem Schuldner jedoch nach § 326 Abs. I BGB. eine Frist erst setzen, wenn der Schuldner im Verzuge ist. Für die von uns zu untersuchende Frage ist dabei zu beachten, daß der Gläubiger, der seinen Herausgabeanspruch aus einem gegenseitigen Vertrage im Klagewege geltend macht, gemäß § 284 Abs. I Satz 2 BGB. den Schuldner regelmäßig[1]) in Verzug setzt, somit auch in diesem Zeitpunkte das Recht zur Fristsetzung erlangt. Folge der Fristsetzung ist in diesem Falle, daß der Gläubiger nach fruchtlosem Fristablauf von dem Schuldner Schadensersatz verlangen oder — was hier nicht weiter interessiert — vom Vertrage zurücktreten kann. Als ein von den beiden bisher erörterten Fällen erheblich abweichender Fall stellt sich der des § 283 BGB. — beim gegenseitigen Vertrage in Verbindung mit § 325 Abs. II BGB. — dar. Hier ist das Fristbestimmungsrecht des Gläubigers an die Voraussetzung geknüpft, daß der Schuldner rechtskräftig zur Leistung verurteilt ist. Der Gläubiger eines Herausgabeanspruchs muß also erst ein rechtskräftiges Urteil über seinen Stammanspruch gegen den Schuldner erstritten haben, ehe er durch die Fristsetzung die Voraussetzung für das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs anstelle des Stammanspruchs schaffen kann.

[1]) Ausnahme: § 285 BGB. Vgl. unten S. 27.

2. Kapitel:

Die Rechtsnatur des eventuellen Schadensersatzanspruches

§ 4. Die Rechtsnatur des Schadensersatzanspruches für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe.

Nachdem wir die materiellrechtlichen Voraussetzungen festgestellt haben, unter denen dem Gläubiger eines Herausgabeanspruchs ein Schadensersatzanspruch erwächst, bedarf es noch einer Untersuchung, an welcher Stelle der unter dem Begriff „Ansprüche" zusammengefaßten Ordnung von Rechten diese eventuellen Schadensersatzansprüche stehen. Dabei wollen wir folgende Einteilung zugrundelegen. Wir unterscheiden gegenwärtige und nichtgegenwärtige Ansprüche. Die gegenwärtigen Ansprüche teilen wir in fällige und nicht fällige Ansprüche. Die nicht fälligen Ansprüche aber unterteilen wir unter Anlehnung an Langheineken[1]) in gehemmte (befristete und bedingte) und verhaltene Ansprüche.

Der Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe war — wie wir oben dargelegt haben — abhängig von der eintretenden Unmöglichkeit in Verbindung mit einem Verschulden des Anspruchsgegners oder von dem Unmöglichwerden der Herausgabe allein. Dabei fiel in den meisten Fällen die Verschuldensvoraussetzung von einem bestimmten Zeitpunkte ab fort, so daß das Unmöglichwerden alleinige Voraussetzung für das Entstehen des Schadensersatzanspruchs war. Dieser Zeitpunkt wurde bestimmt durch das Geltendmachen des auf die Herausgabe gerichteten Hauptanspruchs, also durch die Rechtshängigkeit desselben. Vor und nach diesem Zeitpunkte ist somit Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs die Unmöglichkeit der Herausgabe. Insoweit tritt also durch die Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs eine Änderung der Rechtslage nicht ein. Das Eintreten der Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs ist aber mit Rücksicht auf unsere prozessuale Fragestellung zugleich der maßgebende Zeitpunkt für die Untersuchung, an welcher Stelle unserer Einteilung der Ansprüche der Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe steht. Denn ob der Schadensersatzanspruch im Klagewege geltend ge-

[1]) Langheineken, Anspruch S. 94, 101 ff.

macht werden kann oder nicht, hängt allein davon ab, wie er in diesem soeben festgestellten Zeitpunkte beschaffen ist. Die Untersuchung kann sich daher auf die Rechtslage, wie sie beim Eintritt der Rechtshängigkeit besteht, beschränken.

Nur an zwei Stellen unserer Einteilung kann der Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe Platz finden. Er ist entweder ein gegenwärtig-bedingter Anspruch oder ein nicht gegenwärtiger Anspruch. Ist er ein gegenwärtig-bedingter Anspruch, so besteht er, kann aber noch nicht verwirklicht werden, da seine Geltendmachung, seine Fälligkeit hinausgeschoben ist und von dem Eintritte einer Bedingung abhängt. Ist er ein nicht gegenwärtiger Anspruch, so besteht er zur Zeit überhaupt nicht, entsteht vielmehr erst zu einem späteren Zeitpunkte unter einer bestimmten Voraussetzung. Dabei wären Bedingung in dem einen und Voraussetzung in dem anderen Falle das Unmöglichwerden der Herausgabe.

Die Entscheidung der Frage, ob ein gegenwärtig-bedingter Anspruch vorliegt, hängt davon ab, ob man das noch ungewisse Unmöglichwerden der Herausgabe als eine Bedingung im rechtlichen Sinne ansehen kann. Das ist aber zu verneinen. Als Bedingungen können nur die Bedingungen der Rechtsgeschäfte (§ 158 BGB.) aufgefaßt werden, nicht auch die conditiones iuris. Unter Bedingungen versteht man also nur die einem Rechtsgeschäft hinzugefügten Bestimmungen, durch welche die Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt oder Nichteintritt künftiger ungewisser Ereignisse abhängig gemacht wird. Nur solche rechtsgeschäftlichen Bedingungen vermögen in der Schwebezeit Rechtswirkungen hervorzurufen. Eine Ausdehnung des Begriffs der Bedingung über den durch § 158 BGB. bestimmten Inhalt hinaus ist nicht möglich[2]). Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um ein Rechtsgeschäft. Das Unmöglichwerden der Herausgabe ist daher keine Bedingung im eigentlichen Sinne, sondern ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit der den Schadensersatzanspruch regelnden Gesetzesbestimmungen, ist eine conditio iuris. Der Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe ist daher im Zeitpunkte der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs nur ein nicht gegenwärtiger Anspruch[3]).

[2]) RG. Bd. 49, 372; Bd. 58, 141.
[3]) Hein, Duldung S. 296 Fußnote 1.

§ 5. Die Rechtsnatur des Schadensersatzanspruches für den Fall des Fristablaufs.

Der Schadensersatzanspruch für den Fall des Fristablaufs unterscheidet sich, wie wir oben (§ 3) festgestellt haben, von dem Ersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit vor allem dadurch, daß bei ihm der Gläubiger selbst es in der Hand hat, den Schadensersatzanspruch entstehen zu lassen. Der Gläubiger kann durch die Fristsetzung den Schadensersatzanspruch ins Leben rufen, der dann an die Stelle des Hauptanspruchs tritt. Diese B e f u g n i s des Gläubigers ist aber das kennzeichnende Merkmal des sogenannten verhaltenen Anspruchs. Der verhaltene Anspruch ist ein gegenwärtiger, aber nicht fälliger Anspruch. Er ist also bereits voll begründet. Es liegt aber noch keine aktuelle Verpflichtung des Schuldners zur Leistung vor. Trotzdem ist der Anspruch an sich kein gehemmter. Denn der Gläubiger ist in der Geltendmachung seines Anspruchs nicht behindert. Er kann vielmehr jederzeit den Anspruch erheben und ihn dadurch zu einem fälligen machen. Die Bezeichnung und inhaltsmäßige Bestimmung des verhaltenen Anspruchs ist auf Langheineken[1]) zurückzuführen. Langheineken übersieht jedoch, daß das Verhaltensein und das Gehemmtsein eines Anspruchs zusammenfallen können[2]).

Im Falle des § 250 BGB. steht dem Gläubiger des Herausgabeanspruchs das Fristsetzungsrecht von vornherein zu. Hier besteht also neben dem unbedingten Hauptanspruch von Anfang an ein gegenwärtig-verhaltener Anspruch, denn der Gläubiger kann jederzeit die Frist setzen. Der verhaltene Anspruch ist in diesem Falle aber gleichzeitig ein bedingter Anspruch, denn der Anspruch wird auch dann noch nicht fällig, wenn der Gläubiger von seinem Fristsetzungsrecht Gebrauch macht. Vielmehr tritt die Fälligkeit erst ein, wenn der Schuldner innerhalb der festgesetzten Frist den Hauptanspruch nicht erfüllt. Der eventuelle Schadensersatzanspruch ist also zunächst nur ein gegenwärtig-verhalten-bedingter Anspruch. Macht der Gläubiger von seinem Recht zur Fristsetzung Gebrauch, so wird der Hauptanspruch ein auflösend bedingter Anspruch (§ 250 Satz 2 BGB.), während der Ersatzanspruch aus einem verhalten-bedingten Anspruch zu einem nur noch bedingten

---

[1]) Langheineken, Anspruch, 101 ff.

[2]) Vgl. dagegen Hellwig, Lehrbuch I, 377, Anm. 75 und Hein, Duldung, 297, Fußnote 3.

Anspruch wird. Wird der Hauptanspruch schließlich nicht innerhalb der Frist erfüllt, so entfällt er, und es besteht nur noch der nunmehr unbedingte Ersatzanspruch[3]).

Im Falle des § 326 Abs. I BGB. erlangt der Gläubiger das Recht zur Fristsetzung erst, wenn der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist. Erst dann entsteht der verhalten-bedingte Schadensersatzanspruch[4]). Für die von uns zu untersuchende Frage ist aber zu beachten, daß der Gläubiger nach § 284 Abs. 1, Satz 2 BGB. mit der Klageerhebung den Schuldner regelmäßig in Verzug setzt, der verhaltenbedingte Schadensersatzanspruch also spätestens im Zeitpunkte der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs entsteht.

Im Falle des § 283 BGB. steht dem Gläubiger das Recht zur Fristsetzung erst nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zu. Bis zu diesem Zeitpunkte besteht nur der Hauptanspruch als unbedingter Anspruch. Der Schadensersatzanspruch dagegen besteht n i c h t, auch nicht als verhaltener Anspruch[5]).

---

[3]) Hein, Duldung, 297.
[4]) Hein, a. a. O.
[5]) Hein, Duldung, 299 f.

II. Hauptteil:
Die Verbindung der Klage aus dem Herausgabeanspruch mit der Klage auf Schadensersatz.

1. Kapitel: Die Verbindung nach § 259 ZPO.

§ 6. Die bedingte Klageerhebung.

Wenn wir uns nun dem prozeßrechtlichen Teil unserer Untersuchung zuwenden, so ist es für die Entscheidung der Frage, ob der Herausgabeanspruch und der eventuelle Schadensersatzanspruch in einer Klage verbunden werden können, notwendig, daß wir uns das Verhältnis der beiden Klagebegehren zueinander klar machen. Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß beide nicht gleichberechtigt nebeneinander stehen sollen, daß vielmehr das eine zu dem anderen in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht. Wir haben ja auch nicht von einem Schadensersatzanspruch schlechthin, sondern von einem eventuellen Schadensersatzanspruch gesprochen.

Wenn der Kläger Herausgabe einer Sache und für den Fall der Nichtherausgabe Schadensersatz begehrt, so sieht es zunächst so aus, als ob das auf Ersatz gerichtete Klagebegehren nur bedingt gestellt ist, das heißt als ob der Kläger eine Entscheidung über den zweiten Antrag nur für den Fall erbittet, daß das Gericht den ersten Antrag abweist. Es scheint, als ob es sich um zwei materiellrechtlich verschiedene Sachbitten handelt, von denen die zweite durch die Zuerkennung der ersten ihre Erledigung findet und der zweite Anspruch nur dann Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung werden kann, wenn der erste Anspruch abgewiesen wird. Eine solche Klageerhebung ist an sich zulässig, wenn die Tatsachen, die den geltend gemachten Ansprüchen zugrundeliegen, in einem inneren Zusammenhange stehen. Der Kläger kann also sehr wohl

auf Lieferung der gekauften und bezahlten Sache klagen und für den Fall, daß der Kaufvertrag nichtig sein sollte, zugleich Herausgabe des seinerseits Geleisteten wegen ungerechtfertigter Bereicherung verlangen. In diesem Falle beruhen beide Ansprüche auf einem einzigen äußeren Lebensvorgang. Wenn dagegen die Ansprüche auf völlig verschiedenen Tatsachen beruhen, so ist die bedingte Klageerhebung — wie allgemein angenommen wird — unzulässig. Der Kläger kann also nicht etwa in erster Linie auf Lieferung des gekauften und bezahlten Fahrrades klagen und zugleich für den Fall, daß der Kaufvertrag nichtig sein sollte, Ersatz des Schadens verlangen, den er durch einen kürzlich erfolgten Kraftwagenunfall des Beklagten erlitten hat. Die Klageerhebung kann nicht an eine eigentliche Bedingung geknüpft werden, da der Eintritt der mit der Klageerhebung verbundenen Folgen, namentlich die Rechtshängigkeit, nicht von dem Willen des Klägers abhängen darf[1]). Im ersten Falle handelt es sich nicht um eine Bedingung in diesem Sinne, vielmehr stehen dort die geltend gemachten Ansprüche derart in einem inneren Zusammenhange, daß der eine Anspruch den anderen ausschließt. Der Kläger will auch beide Ansprüche rechtshängig werden lassen. Er vermag nur die Lage noch nicht zu übersehen und überläßt es dem Gericht, nach Aufklärung des Sachverhalts zu entscheiden, welcher von den geltend gemachten Ansprüchen begründet ist.

In unserem Falle handelt es sich aber weder um eine bedingte Klageerhebung in dem ersten noch um eine in dem zweiten Sinne[2]). Es handelt sich vielmehr um zwei Ansprüche, deren rechtsbegründende Tatsachen nicht bloß in einem inneren Zusammenhange stehen, sondern die überhaupt auf ein und demselben Tatbestande beruhen. Es liegen gar nicht zwei materiellrechtlich verschiedene Sachbitten vor. Der Kläger macht vielmehr zwei Ansprüche geltend, die auf ein und demselben Rechtsgrunde, nämlich der Verletzung des Eigentums oder der vertragsmäßigen Überlassung des Besitzes beruhen. Beide Klagebegehren werden hier unbedingt gestellt. Der Kläger will, daß in jedem Falle über beide Klaganträge entschieden wird. Nicht die beiden Klaganträge sind hier untereinander bedingt, sondern die Bedingung liegt nur in dem Inhalt des zweiten Klagantrages selbst. Der auf den Schadensersatzanspruch

[1]) RG. Bd. 144, 72.

[2]) Dies übersieht das OLG. Hamburg (Seuff.Arch. 47, 346), welches die Klageverbindung schon deshalb für unzulässig hält, weil der Klageantrag in seinem zweiten Teile bedingt sei.

gerichtete Klaganspruch ist nämlich seinem Inhalte nach derart bedingt, daß mit dem durch die Verurteilung zu erlangenden Titel der Schadensersatzanspruch erst dann soll vollstreckt werden können, wenn die Vollstreckung der in erster Linie erfolgten Verurteilung zur Leistung der Herausgabe zu keinem Ergebnisse führt[3]).

§ 7. Die Bestimmtheit des Klageantrages.

Es entsteht die Frage, ob der auf den Schadensersatzanspruch gerichtete Klageantrag, wie wir ihn in seiner inhaltlichen Begrenzung oben festgestellt haben, den Erfordernissen des § 253 Abs. II, Ziff. 2 ZPO. genügt[1]), ob er nämlich genügend bestimmt ist. Der Gesetzeszweck des § 253 Abs. II, Ziff. 2 ZPO. kann nur dahin verstanden werden, daß durch die Angabe des Klagegegenstandes und des Klagegrundes zusammen mit einem bestimmten Antrag das durch die Klageerhebung entstehende Prozeßrechtsverhältnis fest umgrenzt werden soll. Es soll ein für allemal feststehen, was rechtshängig geworden ist, worüber entschieden werden und was in Rechtskraft erwachsen soll. Daneben soll der bestimmte Antrag dem Beklagten auch zu erkennen geben, was der Kläger von ihm verlangt, damit er danach seine Verteidigung einrichten kann[2]). Schließlich soll der bestimmte Antrag — als Urteilstenor — die Grundlage für das Vollstreckungsverfahren bilden.

Daß das Prozeßrechtsverhältnis inhaltsmäßig genügend bestimmt ist und daß auch der Beklagte weiß, was von ihm verlangt wird, dagegen können in unserem Falle keine Zweifel entstehen, zumal da es sich um zwei auf demselben Rechtsgrunde beruhende, wenn auch in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse zueinander stehende Ansprüche handelt. Bedenken könnten lediglich dahin geltend gemacht werden, daß der Antrag nicht bestimmt genug ist, um eine feste Grundlage für die Zwangsvollstreckung bilden zu können. Ist im Antrag — und somit im Urteilstenor — genügend bestimmt, wann der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs beginnen darf? Soll die Vollstreckung des Ersatzan-

---

[3]) Eccius, Gruch. Beitr. 33, 140 ff.

[1]) Wobei jedoch nicht übersehen werden soll, daß § 253 Abs. II ZPO. lediglich eine Vorschrift zugunsten des Beklagten darstellt und eine Verletzung gemäß § 295, Abs. I ZPO. nicht zu berücksichtigen ist, wenn der Beklagte sie nicht rügt (Stein § 253 Erl. IV, 1).

[2]) RG. Bd. 10, 355.

spruchs für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe erst dann zulässig sein, wenn der Gerichtsvollzieher sämtliche Zwangsmittel angewandt hat, um den Herausgabeanspruch zu vollstrecken, oder soll sie schon dann zulässig sein, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache bei dem Schuldner nicht vorfindet?

Eine Nachprüfung dieser Fragen bedarf es natürlich nur, soweit es sich um einen Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe handelt. Bei dem Schadensersatzanspruch für den Fall des Fristablaufs können auch für die Zwangsvollstreckung keinerlei Schwierigkeiten entstehen.

Gemeinsame Voraussetzung aller für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe entstehenden Schadensersatzansprüche war, wie wir oben (§ 2) erörtert haben, das Unmöglichwerden der Herausgabe. In einem Falle aber, in dem des redlichen Besitzers, der nach § 989 BGB. für die Unmöglichkeit der Herausgabe nur haftet, wenn diese nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit und infolge seines Verschuldens entstanden ist, war der eventuelle Schadensersatzanspruch an die weitere Voraussetzung eines Verschuldens gebunden. Und zwar trat in diesem Falle durch das Rechtshängigwerden des Herausgabeanspruchs überhaupt erst die Haftung ein. In den übrigen Fällen dagegen, nämlich beim Schadensersatzanspruch gegen den unredlichen Besitzer (§ 990 BGB.) und gegen denjenigen Besitzer, gegen den nur ein persönlicher Herausgabeanspruch geltend gemacht wird, bewirkte das Rechtshängigwerden des Hauptanspruchs, daß für den eventuellen Schadensersatzanspruch die Voraussetzung eines Verschuldens des Besitzers entfiel und der Ersatzanspruch von diesem Zeitpunkte ab nur noch von dem Unmöglichwerden der Herausgabe abhing. Gerade in dem Falle des nur für v e r s c h u l d e t e Unmöglichkeit haftenden redlichen Besitzers scheinen nun Bedenken gegen die Bestimmtheit des Klageantrags mit Rücksicht auf eine sichere Grundlage der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden zu können. Tatsächlich wird denn auch im Schrifttum die Ansicht vertreten, die Unzulässigkeit des den eventuellen Schadensersatzanspruch enthaltenen Klageantrages folge schon daraus, daß es unmöglich sei, in die Urteilsformel das Erfordernis des Verschuldens, von dem die Entstehung des Schadensersatzanspruchs abhänge, aufzunehmen[3]). Dieser Ansicht liegt die an sich richtige Erkenntnis zugrunde, daß in der Urteilsformel alle Voraussetzungen genannt werden müs-

[3]) Josef. JW. 1910, 921.

sen, von denen die Vollstreckbarkeit des Urteils abhängen soll. Wenn also aus der Urteilsformel nicht ersichtlich ist, daß der eventuelle Schadensersatzanspruch noch von einem Verschulden des Beklagten abhängig ist, so muß das Gericht die vollstreckbare Ausfertigung erteilen, ohne daß es vorher in eine Prüfung darüber eintritt, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht. Einige Schriftsteller wollen diese Bedenken dadurch ausräumen, daß sie auf die Aufnahme der Verschuldensvoraussetzung in der Urteilsformel verzichten und den Beklagten, falls er die Unmöglichkeit der Herausgabe nicht verschuldet hat, auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. verweisen[4])[5]).

Alle diese Schriftsteller, die die Unzulässigkeit des Klageantrages annehmen oder die Bedenken mit Hilfe der Vollstrekkungsgegenklage beseitigen wollen, übersehen aber, daß der einzige Fall, in dem diese Bedenken hinsichtlich der Verschuldensfrage auftauchen, der des § 989 BGB. ist. Für den unredlichen Besitzer braucht die Frage des Verschuldens überhaupt nicht geprüft zu werden. Er wird nach § 284 Abs. I BGB. durch die Klageerhebung regelmäßig[6]) in Verzug gesetzt und haftet daher von diesem Zeitpunkt an auch für den zufälligen Untergang der Sache. Er ist also schadensersatzpflichtig ohne Rücksicht darauf, ob er die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet hat oder nicht. Die genannten Schriftsteller übersehen weiter, daß aus dem nach § 989 BGB. nur für Verschulden haftenden redlichen Besitzer notwendigerweise einmal ein unredlicher Besitzer wird. Denn unredlich ist nach § 990 BGB. nicht nur derjenige Besitzer, der bei dem Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben war, sondern auch derjenige, der später erfährt, daß er nicht zum Besitze berechtigt ist. Nun wird man allerdings nicht sagen können, daß der redliche Besitzer in dem Augenblicke, in dem gegen ihn die Klage auf Herausgabe erhoben wird, seine Nichtberechtigung zum Besitze erfährt[7]).

[4]) Sellner in Seuff. Bl. f. RA. 69, 495; Pünder in ZZP. 41, 57; Anger in Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1908, 453. Diese Ansicht veranlaßt Josef (JW. 1910, 921) von einem „Unrecht gegen den Beklagten" zu sprechen.

[5]) Seuffert (12. Aufl. § 255 Erl. 4) hält die Klageverbindung in den Fällen der §§ 283, 325 Abs. II BGB. eben deshalb für überhaupt unzulässig, weil die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz nicht eintrete, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe. Auch das Reichsgericht (RG.-Komm. § 985 Note 3; RG. in Recht 1908, 13) lehnt die Zulässigkeit der Klageverbindung mit der Begründung ab, eine Entscheidung darüber, ob der redliche Besitzer im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe zur Schadensersatzleistung verpflichtet sei, sei noch nicht möglich.

[6]) Ausnahme: § 285 BGB. Vgl. unten S. 27.

Freilich muß er schon von diesem Augenblicke an Zweifel an seinem Rechte hegen. Dafür trifft ihn aber auch bereits die Haftung für die verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe. Darüber hinaus kann man jedoch nicht annehmen, daß sein guter Glaube bereits durch die Klageerhebung beseitigt wird. Dies kann erst in einem späteren Zeitpunkte der Fall sein. Und zwar wird man als diesen Zeitpunkt die Urteilsfällung ansehen können. Wenn das Gericht entschieden hat, daß der Beklagte die Sache herauszugeben hat, dann kann dieser nicht mehr als ein redlicher Besitzer angesehen werden.

Freilich wird man einwenden, daß man mindestens bis zur Rechtskraft des Urteils warten müsse, da man ja nicht weiß, ob der Beklagte, falls er von der Richtigkeit der Entscheidung nicht überzeugt ist, nicht ein Rechtsmittel einlegt. Aber das wäre nicht einmal ein zwingender Schluß. Der Beklagte kann aus einem anderen Grunde auf die Einlegung des Rechtsmittels verzichten und trotzdem das Urteil für falsch halten. Es kommt aber auch gar nicht darauf an, daß der Beklagte von der Richtigkeit der Entscheidung überzeugt ist. Der Besitzer wird vielmehr dann ein unredlicher, wenn er von seiner Nichtberechtigung zum Besitze Kenntnis erhält. Ob er sich trotz dieser Kenntnis noch für berechtigt hält, ist unerheblich. Man wird da einen objektiven Maßstab anlegen müssen. Man muß deshalb die Gutgläubigkeit des redlichen Besitzers dann als beseitigt ansehen, wenn er von seiner Nichtberechtigung in einer Weise Kenntnis erhält, bei der jeder vernünftig denkende Mensch sich nicht mehr als zum Besitze berechtigt halten würde[8]). Wenn nun das Gericht nach der Verhandlung und Beweisaufnahme die Entscheidung fällt, daß der Beklagte die Sache herauszugeben hat, dann weiß dieser jetzt, daß er nicht zum Besitze berechtigt ist, auch wenn er von der Richtigkeit der Entscheidung nicht überzeugt ist.

Unter Umständen wird auf Seiten des Beklagten diese Kenntnis von der Nichtberechtigung auch schon während der Beweisaufnahme selbst eintreten. Wenn etwa die Entscheidung gar nicht mehr von Rechtsfragen sondern nur noch von Tatsachen abhängt, und der Beklagte in der Beweisaufnahme aus den Bekundungen der Zeugen über diese Tatsachen die notwendigen Schlüsse selbst ziehen kann, so erfährt er möglicherweise schon hier seine Nichtberechtigung.

---

[7]) RG. in JW. 1905, 494; RG. 72, 274.

[8]) RG.-Komm. § 990 Erl. 3; Planck § 932 Erl. 2; Staudinger § 990 Erl. 3 b.

Spätestens aber mit der Entscheidung des Gerichts weiß der Beklagte, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist. Von diesem Augenblicke an hat daher der Beklagte als ein unredlicher Besitzer zu gelten. Da aber der Besitzer nach § 284 Abs. I Satz 2 BGB. durch die Klageerhebung regelmäßig in Verzug gesetzt ist, so haftet jetzt in unserem Falle der Beklagte nach §§ 990 Abs. II, 287 BGB. auch für den zufälligen Untergang der Sache. Wir sehen also, daß die Voraussetzung des Verschuldens für den eventuellen Schadensersatzanspruch in dem von uns zu behandelnden Fällen praktisch keine Rolle spielt. Von dieser Seite können daher gegen die Bestimmtheit des Klageantrags keinerlei Bedenken geltend gemacht werden.

Wir sagten oben, daß der Beklagte durch die Klageerhebung regelmäßig in Verzug gesetzt würde. Regelmäßig nur insofern, als gemäß § 285 BGB. der Verzug nicht eintritt, solange die Herausgabe der Sache infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Beklagte nicht zu vertreten hat. Dieser Fall wird praktisch kaum eine Rolle spielen. Er ändert aber auch an der von uns hinsichtlich der Verschuldensvoraussetzung getroffenen Feststellung nichts. Freilich kommt durch § 285 BGB. die Verschuldensvoraussetzung wieder in unsere Fragestellung hinein. Aber dies geschieht jetzt von einer ganz anderen Seite her. Aus der Fassung des Gesetzes folgt, daß es sich bei § 285 BGB. um eine Ausnahmevorschrift handelt, deren Voraussetzungen der Schuldner zu beweisen hat. Liegt daher ein rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe und Leistung von Schadensersatz für den Fall der Unmöglichkeit vor, so hat das Gericht die Vollstreckungsklausel zu erteilen, ohne daß es vorher prüft, ob der Beklagte sich tatsächlich im Verzuge befindet. Will der Beklagte sich darauf berufen, daß er sich nicht im Verzuge befindet, und daß deshalb kein Schadensersatzanspruch entstanden sei, so muß er diesen Einwand im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. geltend machen.

Ungenau war es auch, wenn wir sagten, der Beklagte hafte, da er sich regelmäßig im Verzuge befinde, für den zufälligen Untergang der Sache. Er haftet aber nicht schlechthin für Zufall, sonder nur für den casus mixtus. Er haftet nach § 287 BGB. dann nicht, wenn der zufällige Untergang auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Auch hier handelt es sich um eine Ausnahmevorschrift, deren Voraussetzungen der Beklagte zu beweisen hat. Man braucht diese Ausnahmemöglichkeit daher nicht in die Urteilsformel mit hineinzunehmen,

kann den Beklagten vielmehr auch hier auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. verweisen.

Nach allem bleibt das Unmöglichwerden der Leistung die einzige Voraussetzung für die Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe. Aber auch in dieser Richtung sind alle Bedenken hinsichtlich einer genügenden Bestimmtheit des Klageantrages grundlos. Wenn der zur Herausgabe und für den Fall der Unmöglichkeit zur Schadensersatzleistung verurteilte Schuldner die Sache nicht freiwillig herausgibt, wird der Kläger zunächst den Herausgabeanspruch vollstrecken lassen. Der Gerichtsvollzieher vollstreckt den Herausgabeanspruch nach § 883 ZPO. durch Wegnahme der Sache. Nun kann man allerdings im Zweifel sein, ob die Unmöglichkeit der Herausgabe bereits als festgestellt anzusehen ist, wenn der Gerichtsvollzieher die herauszugebende Sache beim Schuldner nicht vorfindet. Im Schrifttum[9]) ist diese Frage mehrfach bejaht worden, und zwar mit der Begründung, daß man aus der vergeblichen Anwendung des zunächst liegenden Zwangsmittels auf die Unmöglichkeit der Herausgabe schließen könne. Dabei ist es richtig, daß die dem Gläubiger gegebene Möglichkeit, weitere Zwangsmittel anzuwenden, lediglich zu seinen Gunsten besteht. Der Schuldner kann die Anwendung nicht verlangen. Infolgedessen muß tatsächlich aus der ergebnislosen Anwendung des zunächstliegenden Zwangsmittels schon die Vergeblichkeit der Zwangsvollstreckung gefolgert werden. Die Vergeblichkeit der Zwangsvollstreckung kann man nun jedoch nicht ohne weiteres der Unmöglichkeit der Herausgabe gleichsetzen. Es ist immerhin denkbar, daß der Schuldner die Sache irgendwo verborgen hält, tatsächlich also noch in der Lage ist, die Sache herauszugeben. Dann liegt noch keine Unmöglichkeit der Herausgabe vor. Von dieser aber soll die Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs abhängig sein.

Trotzdem wird man die Ansicht, die eine ergebnislos verlaufene Anwendung des zunächstliegenden Zwangsmittels für den Nachweis der Unmöglichkeit genügen läßt, im Ergebnis billigen müssen. Dabei kann man davon ausgehen, daß es dem Gläubiger praktisch in den meisten Fällen kaum gelingen würde, die Unmöglichkeit der Herausgabe zu beweisen, wollte man von ihm einen unbedingt sicheren Beweis ver-

[9]) Falckmann, Zwangsvollstreckung S. 104; Levy in Gruch. Beitr. 36, 35 ff.; Kohler in Arch. Ziv. 80, 288, Fußnote 2.

langen. Zum Beweise einer Tatsache ist es aber auch gar nicht erforderlich, daß eine jeden Zweifel ausschließende Gewißheit besteht. Es genügt vielmehr ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit[10]). Schließlich widerspricht es auch jedem gesunden Rechtsempfinden, wollte man es zulassen, daß der zur Herausgabe und zum Schadensersatz verurteilte Schuldner sich hinter der Unmöglichkeitsvoraussetzung des Schadensersatzanspruchs wie hinter einer Wand verbirgt und zusieht, wie der Gläubiger ein Zwangsmittel nach dem anderen anwendet, um seinen Anspruch zu verwirklichen. Gläubiger und Schuldner sind nicht Streitgegner, sondern Rechtsgenossen! Dem Schuldner liegt eine Mitwirkungspflicht ob; er hat dem Gläubiger darüber Gewißheit zu verschaffen, ob dieser nun den Herausgabeanspruch oder den Schadensersatzanspruch verwirklichen kann. Er kann sich nicht darauf versteifen, daß trotz des ergebnislosen Versuches, im Wege der Zwangsvollstreckung die Herausgabe zu verwirklichen, der Gläubiger erst noch die tatsächliche Unmöglichkeit der Herausgabe beweisen müsse. Vielmehr muß zu seinen Ungunsten dieser Beweis als erbracht angesehen werden, da er seine Mitwirkungspflicht verletzt, wenn er nicht bei dem ersten Versuch der Vollstreckung sagt, ob die Sache überhaupt noch vorhanden ist und wo sie sich befindet.

Der Gerichtsvollzieher kann somit mit der Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs sofort beginnen, wenn er die herauszugebende Sache bei dem Schuldner nicht vorfindet. Über den Zeitpunkt der Vollstreckungszulässigkeit kann daher eine Unklarheit nicht bestehen, vielmehr ist aus der Urteilsformel klar ersichtlich, wann der Geldanspruch vollstreckt werden soll. Somit ist der auf Leistung von Schadensersatz für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe gerichtete Klageantrag auch genügend bestimmt.

§ 8. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 259 ZPO.

Wie wir oben (§§ 4 und 5) festgestellt haben, handelt es sich bei den eventuellen Schadensersatzansprüchen materiellrechtlich teils um gegenwärtig-verhalten-bedingte, teils um nicht gegenwärtige Ansprüche. Läßt die Zivilprozeßordnung die klageweise Geltendmachung solcher Ansprüche zu?

---

[10]) RG. 15, 339.

I. 1. Wenden wir uns zunächst dem verhalten-bedingten Ersatzanspruch zu. Ein solcher stand dem Gläubiger im Falle des § 250 BGB. von vornherein und im Falle des § 326 Abs. I BGB. vom Zeitpunkte des Verzuges ab zu. Mit der Fristsetzung wurde aus dem verhalten-bedingten Anspruch ein nur noch bedingter. Da nun in den von uns zu behandelnden Fällen die Frist spätestens mit der Klageerhebung zusammen gestellt werden soll, spitzt sich der erste Teil unserer Frage dahin zu, ob ein b e d i n g t e r Anspruch im Klagewege geltend gemacht werden kann. In Schrifttum und Rechtsprechung wird dies fast allgemein bejaht[1]). Hellwig[2]) folgert die Zulässigkeit aus § 916 Abs. II ZPO. in Verbindung mit § 926 ZPO., da die „Hauptsache" zu einem Arrest wegen bedingten Anspruchs nichts anderes als die Klage auf künftige Leistung sein könne[3]). Im übrigen folgert man die Zulässigkeit insbesondere aus § 726 Abs. I ZPO., der eine Verurteilung zu einer bedingten Leistung voraussetze. § 726 ZPO. enthält nun freilich nur eine Vorschrift für die Zwangsvollstreckung, sagt aber über die Zulässigkeit einer klageweisen Geltendmachung bedingter Ansprüche nichts. Dann ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich, ob unter den „Tatsachen", von deren Eintritt die Vollstreckbarkeit eines Urteils abhängen soll, auch rechtsgeschäftliche Bedingungen zu verstehen sind, oder ob unter diese Vorschrift nur solche Umstände fallen, auf die sich die rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien n i c h t erstreckt (z. B. Kündigung nach § 609 BGB.; Vorausleistungspflicht nach § 614 BGB.; Sicherstellung eines Ersatzraumes bei den früheren Mietaufhebungsurteilen). Erst die nähere Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 726 ZPO. läßt irgendeinen Schluß zu. Der § 726 ZPO. (§ 664 a. F.) ist aus der hannöverschen Prozeßordnung vom Jahre 1850 übernommen worden. Dort bezog sich diese Vorschrift[4]) aber tatsächlich auch auf Bedin-

---

[1]) Hellwig, Lehrbuch I, 376 und Anspruch, S. 384; Skon-Gelpke § 259, Erl. 1 b; Stein § 259, I; Seuffert-Walsmann § 259, Erl. 2; Förster-Kann § 259, Erl. 1; Struckmann-Koch § 259, Erl. 1; Schmidt, Änderungen S. 85; RG. 90, 181; 51, 243; 58, 139; RG. in Gruch. Beitr. 47, 1091 und 58, 1084; RG. in JW. 1909, 393; RG. in Recht 1907 Nr. 1322; Kammergericht in Rspr. 11, 281; OLG. Königsberg in Rspr. 5, 58.

A. M. Schmidt, Lehrb. S. 718 und Weismann, Lehrb. I, S. 58 Fußnote 5, beide mit der Begründung, daß bedingte Ansprüche noch nicht beständen.

[2]) Hellwig, Lehrb. I, 376.

[3]) So auch Förster-Kann § 259, Erl. 1 und Stein § 259, Erl. I. Zustimmend Pünder ZZP. 41, 53; dagegen Schmidt, Lehrb. 718.

[4]) Hannöversche Prozeßordnung § 528.

gungen, denn die hannöversche Prozeßordnung ließ die Klage aus bedingten Ansprüchen zu. Auch in der ZPO. sollte der Ausdruck „Tatsachen" nicht in der Weise eingeschränkt werden, daß er nicht die rechtsgeschäftlichen Bedingungen umfaßte, wenn auch die Zivilprozeßordnung selbst die Klage aus bedingten Ansprüchen gar nicht vorsah. Der § 726 ZPO. (§ 664 a. F.) hatte damals dann Bedeutung, wenn nach Landesrecht eine solche Klage zulässig war. Die Begründung zur Novelle vom Jahre 1898[5]), durch welche die §§ 257 bis 259 ZPO. geschaffen wurden, weist besonders auf die beschränkte Wirkung des § 726 ZPO. bis zu diesem Zeitpunkte hin. Gerade daraus kann man aber folgern, daß nunmehr nach Schaffung der §§ 257 bis 259 ZPO. die Klage aus bedingten Ansprüchen auch nach Reichsrecht zulässig sein sollte. Der § 259 ZPO. selbst spricht nicht von bedingten Ansprüchen. Sein Wortlaut steht aber zum mindesten einer Ausdehnung auf solche Ansprüche nicht entgegen. Von „künftiger" und „rechtzeitiger" Leistung kann man auch bei bedingten Ansprüchen reden. Denn in der Bedingung ist eine Art Befristung mitenthalten[6]). Der Geltendmachung der eventuellen Schadensersatzansprüche aus § 250 und § 326 Abs. I BGB. steht somit nicht entgegen, daß sie nur bedingt sind[7]).

2. In den übrigen Fällen des eventuellen Schadensersatzanspruchs handelte es sich um nicht gegenwärtige, also zukünftige Ansprüche (s. § 4 a. E.). Unsere Frage lautet also in ihrem zweiten Teile: können auch k ü n f t i g e Ansprüche nach § 259 ZPO. klageweise geltend gemacht werden? Das Reichsgericht[8]) hat diese Frage uneingeschränkt bejaht und hat sich dabei auf den § 258 ZPO. gestützt, von dem es angenommen hat, daß er auch die Geltendmachung noch nicht bestehender Ansprüche umfasse. „Die hier bezeichneten wiederkehrenden Ansprüche sind nicht lediglich in ihrer Geltendmachung hinausgeschoben, sondern auch in ihrem Entstehen von dem künftigen Eintritt gewisser Tatbestände abhängig gemacht." Also, so folgert das Reichsgericht, seien überall da, wo das Gesetz von künftiger Leistung spreche, auch die noch nicht bestehenden Ansprüche gemeint. Die dem § 258 ZPO. vom Reichsgericht gegebene Auslegung ist jedoch unhaltbar.

---

[5]) Hahn VIII, S. 99 ff.
[6]) Stein, § 259 Erl. I; Sellner in Seuff. Bl. f. RA. 69, 494.
[7]) Vgl. Hein, Duldung, S. 298.
[8]) RG. 58, 140; RG. in JW. 1909, 393.

Aus der Begründung der Novelle vom Jahre 1898[9]) ergibt sich eindeutig, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 258 ZPO. besonders an die Leibrenten, Unterhaltsrenten und sonstigen Geldrenten gedacht hat, bei denen die zukünftigen Leistungen aus einem bereits bestehenden Schuldverhältnis entspringen und nur erst später fällig werden. Da somit eine Anwendung des § 258 ZPO. ausgeschlossen ist, wenn ein Anspruch auf die künftigen Leistungen noch nicht besteht, ist auch der Schluß, den das Reichsgericht aus der entgegengesetzten Auslegung des § 258 ZPO. für den Inhalt des § 259 ZPO. ziehen zu können glaubt, nicht gerechtfertigt.

Allgemein[10]) wird denn auch die Anwendung des § 259 ZPO. auf künftige Ansprüche v e r n e i n t. Dieser Ansicht können wir uns grundsätzlich anschließen. Ehe wir jedoch die Folgerungen hieraus für unsere Fälle ziehen, vergegenwärtigen wir uns noch einmal, daß wir — abgesehen von dem Falle des § 283 BGB. — die hier in Frage stehenden eventuellen Schadensersatzansprüche d e s h a l b als nicht gegenwärtige bezeichnet haben (§ 4 a. E.), weil ihr Entstehen nicht von einer eigentlichen Bedingung, sondern von einer gesetzlichen Voraussetzung abhängt. Bei den verhalten-bedingten Ersatzansprüchen (§ 5) war die Durchführung des Schadensersatzanspruchs von dem Fristablauf, also von dem Eintritt einer Bedingung abhängig. Die materielle Rechtslage war dort eine andere als hier, wo die Unmöglichkeit der Herausgabe eine conditio iuris für das Entstehen des Schadensersatzanspruchs ist.

Für unsere prozessuale Frage dürfen wir aber dieser materiellrechtlichen Unterscheidung keinen entscheidenden Wert beimessen. Vielmehr müssen wir die praktische Ähnlichkeit der Fälle berücksichtigen, die darin besteht, daß beidemal ein zukünftiges ungewisses Ereignis der für die Durchführung des

---

[9]) Hahn VIII, S. 100.

[10]) Stein § 259, Erl. I; Seuffert § 259, Erl. 2; Förster-Kann § 259, Erl. 1; Langheineken, Anspruch S. 62 und 218; Eccius in Gruch. Beitr. 45, 438; Haymann in Gruch. Beitr. 46, 516; RG. in Recht 1902 Nr. 2014 und 1910 Nr. 1121.

A. M. Hellwig, Lehrb. I, 375 ff. und Anspruch S. 381 ff. Skon-Gelpke § 259 Erl. 1 b; Müller in Gruch. Beitr. 57, 814; Klaholt in Gruch. Beitr. 58, 788 ff; Josef in JW. 1910, 920; RG. 58, 140; RG. in Recht 1907 Nr. 1322; RG. in JW. 1909, 393; RG. in Gruch. Beitr. 58, 1084; Kammergericht in Rspr. 11, 281.

Anspruchs entscheidende Anlaß ist[11]). Denn prozessual ist allein von Wichtigkeit, daß von dem Eintritt des ungewissen Ereignisses an der Durchführung des Anspruchs kein Hemmnis mehr entgegensteht. Demgegenüber ist von minderer Wichtigkeit, ob es sich um eine eigentliche Bedingung oder um eine conditio iuris handelt, ob also vor dem Eintritt des Ereignisses bereits rechtliche Wirkungen eingetreten sind oder nicht. Das prozessual Gemeinsame überwiegt gegenüber dem materiellrechtlich Trennenden. Das Gemeinsame ist eben, daß in dem einen wie in dem anderen Falle die Wahrscheinlichkeit eines in absehbarer Zeit voll durchführbar werdenden Anspruchs besteht.

Die oben angeführte Ansicht der herrschenden Meinung schränken wir daher insoweit ein, als wir den § 259 ZPO. auch dann anwenden, wenn es sich um solche von einer conditio iuris abhängige zukünftige Forderungen handelt, bei denen für den Eintritt der conditio iuris eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht. Der Wortlaut des § 259 ZPO. steht dieser Ansicht nicht entgegen. Insbesondere kann man nicht aus dem Gebrauch des Wortes „Schuldner" schließen, daß der § 259 ZPO. Klagen aus noch nicht bestehenden Ansprüchen auf jeden Fall für unzulässig hat erklären wollen[12]). Wie Müller[13]) mit Recht ausgeführt hat, braucht man nur davon auszugehen, daß das Gesetz denjenigen Zeitpunkt im Auge gehabt hat, in dem das zukünftige Ereignis eingetreten und der Beklagte somit wirklich Schuldner geworden ist. Um aber eine solche Wahrscheinlichkeit eines in absehbarer Zeit voll durchführbar werdenden Anspruchs als vorhanden annehmen zu können, wird man freilich im Falle der conditio iuris höhere Anforderungen stellen müssen, als im Falle der eigentlichen Bedingung. Die Wahrscheinlichkeit des Entstehens des von der conditio iuris abhängigen Anspruchs muß dem Grade nach eine größere sein als die Wahrscheinlichkeit des Vollwirksamwerdens des bedingten Anspruchs. Für den bedingten Anspruch ist übrigens das Erfordernis der Wahrscheinlichkeit ausdrücklich im § 916 Abs. II ZPO. aufgestellt. Dort ist nämlich die Sicherungsfähigkeit des bedingten Anspruchs im Falle einer entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung verneint. Was für den Arrest ausdrücklich ausgesprochen ist,

[11]) Auch bei den oben (§ 4) behandelten Schadensersatzansprüchen ist der Eintritt der Unmöglichkeit ein zukünftiges ungewisses Ereignis.

[12]) So OLG. Jena in Rspr. 2, 442.

[13]) Müller in Gruch. Beitr. 57, 814.

muß auch für den diesem sehr nahekommenden § 259 ZPO. gelten. Auch hier ist die Rechtsschutzfähigkeit des bedingten Anspruchs zu verneinen, wenn nur eine entfernte Möglichkeit des Eintritts der Bedingung vorhanden ist. Und ebenso kann der von einer conditio iuris abhängige Anspruch nur dann rechtsschutzfähig sein, wenn ein gewisses Maß von Wahrscheinlichkeit für das Entstehen des Anspruchs vorhanden ist. Diese Wahrscheinlichkeit ist aber noch nicht gegeben, wenn nur erst die Aussicht besteht, daß der künftige Anspruch einmal entsteht. Es müssen vielmehr bereits soviel Voraussetzungen für den künftigen Anspruch gegeben sein, daß man tatsächlich von einem bedingungsähnlichen Zustande sprechen kann. Eine bloß entfernte Möglichkeit des von der conditio iuris abhängigen Anspruchs liegt erst dann nicht mehr vor, „wenn bereits mehrere unmittelbare Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs gegeben sind und keine überwiegende Unwahrscheinlichkeit für seine Nichtentstehung spricht[14])".

Unter diesem Gesichtspunkte der Wahrscheinlichkeit des Entstehens müssen wir die einzelnen Schadensersatzansprüche, soweit wir sie als von einer conditio iuris abhängig festgestellt haben, betrachten. Es sind dies die Fälle der §§ 989, 990 Abs. I und 992 BGB. Dabei greifen wir zurück auf unser nach eingehender Erörterung oben (§ 7) festgestelltes Ergebnis, daß für die von uns zu entscheidenden Fragen praktisch zwischen dem Fall des § 989 BGB. und den beiden übrigen Fällen kein Unterschied besteht, da der redliche Besitzer spätestens im Zeitpunkte der gerichtlichen Entscheidung über den Herausgabeanspruch zu einem unredlichen Besitzer wird. Unsere Frage lautet daher nur: befindet sich der gegen den unredlichen Besitzer gegebene eventuelle Schadensersatzanspruch in einen b e d i n g u n g s ä h n l i c h e n Zustand? Diese Frage können wir bejahen. Wir haben oben (§ 2) festgestellt, daß durch die Klageerhebung und das damit regelmäßig verbundene Inverzugsetzen des Schuldners die Verschuldensvoraussetzung des Schadensersatzanspruchs verschwindet. Einzige Voraussetzung des Ersatzanspruchs blieb die Unmöglichkeit der Herausgabe. Das ist aber ein Zustand, den man als einen bedingungsähnlichen bezeichnen kann. Sämtliche unmittelbaren Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs sind gegeben. Für das Unmöglichwerden der Herausgabe besteht

[14]) Klaholt in Gruch. Beitr. 58, 789 ff.

keine geringere Wahrscheinlichkeit als dafür, daß die Sache weiterhin herausgegeben werden kann. Ob die Sache herausgegeben wird oder nicht, ist vollkommen ungewiß. Von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit nach der einen oder nach der anderen Seite hin kann man nicht sprechen. Diese Ungewißheit ist bedingungsähnlich.

Wenn Josef[15]) das Vorliegen einer Wahrscheinlichkeit für das Entstehen des Schadensersatzanspruchs verneint, weil eine Ersatzpflicht dann nicht entstehe, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der Herausgabe nicht zu vertreten habe, so übersieht er dabei, daß der Schuldner sich vom Zeitpunkte der Klageerhebung an regelmäßig im Verzuge befindet und daher auch für den zufälligen Untergang der Sache haftet. Das haben wir oben (§ 7) eingehend dargelegt, wo wir für den seltenen Fall des § 287 letzter Halbsatz BGB. den Schuldner auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage verwiesen haben. Diese Gesichtspunkte können daher nicht als Gründe für die Annahme einer überwiegenden Unwahrscheinlichkeit hinsichtlich des Entstehens eines Schadensersatzanspruchs dienen. Man muß daher dem eventuellen Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe die Rechtsschutzfähigkeit zusprechen.

II. Somit sind die verhalten-bedingten und zukünftigen eventuellen Schadensersatzansprüche — mit Ausnahme des Falles des § 283 BGB. — grundsätzlich als nach § 259 ZPO. klagbar anzusehen. Der § 259 ZPO. macht die Klage auf künftige Leistung aber noch von einer anderen Voraussetzung abhängig. Die Klage ist nur zulässig, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Die Klage aus § 259 ZPO. ist also wie die Feststellungsklage nach § 256 ZPO. und der Arrest nach §§ 916 ff. ZPO. an die Rechtsschutzvoraussetzung eines besonderen Interesses gebunden. Während aber bei der Feststellungsklage das Rechtsschutzinteresse eine Unsicherheit hinsichtlich des gegenwärtigen Bestehens des Anspruchs erfordert, verlangt es hier eine Unsicherheit der künftigen Erfüllung. Während ferner die Arrestgefahr bei der Verweigerung der Erfüllung gegeben ist, besteht hier die Gefahr in einer drohenden Erschwerung der Vollstreckung. Aus dem Verhalten des Schuldners muß daher geschlossen werden können, daß er nicht leisten will. Die Denkschrift zur

---

[15]) Josef in JW. 1910, 920.

Novelle vom Jahre 1898[16]) sagt, daß die Voraussetzung namentlich dann vorliege, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit vor ihrer Fälligkeit bestreite. Im Schrifttum[17]) wird auch häufig die Ansicht vertreten, es müsse ein ausdrückliáes Bestreiten vorliegen. Dabei wollen einige[18]) sogar einen Unterschied machen, ob der Schuldner böswillig oder gutgläubig seine Verpflichtung zur Leistung bestreitet. Bestreitet der Schuldner gutgläubig, hält er sich also zur Verweigerung der Leistung für berechtigt, so soll ein Rechtsschutzinteresse nicht vorliegen. Auf ein ausdrückliches Bestreiten kann es aber nicht ankommen, noch viel weniger auf ein böswilliges. Der Zweck des § 259 ZPO. ist, dem Kläger einen Zeitverlust zu ersparen, da er ohne die Verurteilung zur künftigen Leistung voraussichtlich genötigt sein würde, im Zeitpunkte der Fälligkeit eine Verurteilungsklage zu erheben[19]). Dies geht auch aus der Begründung zur Novelle vom Jahre 1898 eindeutig hervor[20]). Daraus folgt, daß die Besorgnis, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, auch dann gegeben ist, wenn der Schuldner irgend welche Handlungen vornimmt, die ihn voraussichtlich an der Erfüllung der Verbindlichkeit hindern werden, wenn er also beginnt, die herauszugebenden Gegenstände beiseite zu schaffen[21]).

Man wird sogar weitergehen müssen und überhaupt von dem Erfordernis eines Tätigwerdens des Schuldners absehen. Das Erfordernis des Tätigwerdens wird im Schrifttum[22]) und Rechtsprechung[23]) aus dem Wortlaut des Gesetzes („sich entziehen werde") gefolgert. Dieser Schluß ist aber keineswegs überzeugend. Entgegen dieser Ansicht nehmen wir daher an, daß die Besorgnis künftiger Leistungsverweigerung auch gegeben sein kann, ohne daß der Schuldner bereits gegenwärtig in dieser Richtung tätig wird. Insbesondere sehen wir in den hier zu erörternden Fällen die Besorgnis schon allein deshalb als vorliegend an, weil der Schuldner es zu einer Klage wegen

---

[16]) Hahn VIII, S. 100.

[17]) Struckmann-Koch § 259, Bem. 1; Fitting § 47, Note 19; Stein § 259, Erl. II; Schmidt, Änderungen S. 85.

[18]) So Hellwig, Anspruch S. 387, anders Lehrb. I, 377, Anm. 71; Josef in JW. 1910, 921.

[19]) Stein § 259 Erl. II.

[20]) Hahn VIII, S. 100.

[21]) Förster-Kann, § 259, Erl. 2.

[22]) Stein § 259 Erl. II; Seuffert § 259 Erl. 1 a; Struckmann-Koch § 259 Erl. 1; Hellwig, Anspruch S. 386/87.

[23]) OLG. Posen in Rspr. 5, 56.

des Herausgabeanspruchs hat kommen lassen[24]). Es kann von dem Gläubiger, der sich gezwungen sieht, den Herausgabeanspruch im Klagewege geltend zu machen, nicht verlangt werden, daß er hinsichtlich des eventuell an die Stelle des Herausgabeanspruchs tretenden Zahlungsersatzanspruchs noch eine besondere Gefahr der Nichterfüllung nachweist. Andererseits kann auch dem Schuldner, der sich wegen der Herausgabe der Sache verklagen läßt, nicht gestattet werden, daß er dem Gläubiger entgegenhält, er bestreite zwar den Herausgabeanspruch, aber wenn er zur Herausgabe verpflichtet sei, werde er auch den eventuellen Schadensersatzanspruch erfüllen.

§ 9. Der Inhalt des Antrages.

Bei jeder Zusammenfassung von mehreren Klageanträgen zu einer einheitlichen Klage bedarf es einer eingehenden Überlegung, welchen Sinn die Verbindung haben soll. Dies ist schon deshalb notwendig, um zu einer unzweideutigen Fassung des dem Urteilstenor später zugrunde zu legenden Antrages zu gelangen. Eine Häufung mehrerer Anträge kann alternativ oder eventuell gemeint sein. Beide Möglichkeiten sind aber streng von einander zu scheiden.

I. Wenn der Kläger „Herausgabe oder für den Fall der Nichtherausgabe Schadensersatz" verlangt, so sieht es aus, als ob der Kläger die Anträge alternativ gestellt hätte. Mit solchen alternativen Anträgen können die Ansprüche aus einem Wahlschuldverhältnis geltend gemacht werden, bei denen der Beklagte mehrere Leistungen schuldet, aber nur eine zu bewirken braucht. Er soll daher zu allen Leistungen verurteilt werden. Das ist nur möglich, wenn tatsächlich ein Wahlschuldverhältnis besteht. Der Kläger selbst kann gegen den Willen des Beklagten kein Wahlschuldverhältnis schaffen, selbst wenn er dem Beklagten das Wahlrecht einräumen will. Er würde nämlich dadurch Rechte erwerben, die ihm bei Verurteilung nur zu der einen Leistung, hier also zur Herausgabe, nicht zustehen würden. Denn nach § 264 BGB. geht das Wahlrecht unter Umständen auf den Gläubiger über. Ferner beschränkt sich nach § 265 BGB. die Verpflichtung auf die eine Leistung, wenn die übrigen unmöglich wer-

[24]) So auch Hellwig, Lehrb. I, 376, Anm. 71; Marquardt, JW. 09, 38; Sellner, Seuff. Bl. f. RA. 69, 494; Pünder ZZP. 41, 57; Hein, Duldung, S. 301; Förster-Kann, § 260, Erl. 2 d aa.

den. Der Klageantrag, der eine obligatio alternativa schaffen will, indem er dem Beklagten die Wahl zwischen Herausgabe und Schadensersatz überläßt, ist somit keine minus petitio gegenüber dem nur auf Herausgabe gerichteten Antrag[1]). Wenn daher der Beklagte das Vorliegen einer obligatio alternativa bestreitet und der Richter eine solche nicht feststellen kann, dann muß der Klagantrag, soweit Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz verlangt wird, als unbegründet abgewiesen werden, da ein Anspruch auf Wertersatz nur dann von vornherein begründet wäre, wenn eine Wahlschuld bestände[2]).

Die alternative Verbindung der Anträge kann aber auch den Sinn haben, daß zugunsten des Beklagten nur eine facultas alternativa geschaffen werden soll. Der Beklagte soll also nur zur Leistung der Herausgabe verurteilt werden, ihm soll aber zugleich im Urteil das Recht zugesprochen werden, sich durch eine Geldleistung von seiner Verpflichtung zu befreien. Dadurch erwirkt der Kläger keinerlei Rechte. Deshalb ist ein solcher Klagantrag grundsätzlich zulässig[3]). Er muß jedoch so gefaßt werden, daß eine Verwechslung mit dem oben erörterten Antrag auf Verurteilung aus einer Wahlschuld nicht möglich ist. Für unsere Fälle ist jedoch ein solcher Klagantrag praktisch unbrauchbar. Da mit der Klage nur die Herausgabe als geschuldet verlangt wird, erwirkt der Kläger auch nur insoweit einen vollstreckbaren Titel. Die gleichzeitig im Urteil ausgesprochene Befugnis, sich durch Geldleistung zu befreien, besteht nur zugunsten des Beklagten. Der Kläger kann daraus keine Rechte herleiten. Er kann vielmehr nur den Herausgabeanspruch vollstrecken. Verläuft diese Vollstreckung fruchtlos, so ist der Kläger gezwungen, eine neue Klage auf Leistung von Schadensersatz geltend zu machen[4])[5]). Eine solche doppelte Klageerhebung wollen wir aber gerade vermeiden.

II. Von diesen soeben erörterten alternativen Verbindungen mehrerer Anträge ist die eventuelle Verbindung zu unterscheiden. Bei dieser werden zwei Anträge derart mit-

---

[1]) Stölzel, Schulung f. d. ziv. Praxis (10. Aufl.) S. 343.

[2]) Vgl. Stölzel in Sächs. Arch. f. bürg. Recht und Prozeß, Band 15, 129 ff.; OLG. Kiel in Rspr. 9, 134; OLG. Posen in Rspr. 18, 2.

[3]) Vorgeschlagen wird ein solcher Antrag von Stölzel, Sächs. Arch. f. bürg. Recht u. Prozeß, Bd. 15, 129 ff.

[4]) Vgl. Falckmann, Zwangsvollstreckung S. 103, Anm. 32.

[5]) Dies übersieht offenbar Stölzel a. a. O.

einander verbunden, daß der eine schlechthin, der andere eventuell, für einen bestimmten Fall gestellt wird, und zwar entweder für den Fall, daß der Hauptantrag im Prozesse nicht durchdringt, oder für den Fall, daß der im Hauptantrag erhobene Anspruch zwar durch das Urteil anerkannt, demnächst aber nicht erfüllt oder im Wege der Zwangsvollstreckung nicht befriedigt wird[6]).

Die erste Möglichkeit, die sogenannte bedingte Klageerhebung, bei der über den zweiten Anspruch nur entschieden werden soll, wenn der erste nicht durchdringt, liegt, wie wir bereits oben bei der Frage der bedingten Klageerhebung (§ 6) festgestellt haben, nicht vor. Gerade aus diesem Grunde — weil die Ansprüche hier nicht in einem solchen Eventualverhältnis stehen — will Siegel[7]) die Unzulässigkeit unserer Klageverbindung folgern. Diese Ansicht ist unrichtig und beruht nur auf der Verkennung der Tatsache, daß eine eventuelle Klageverbindung — wie soeben erörtert — einen zweifachen Sinn haben kann. Es handelt sich hier um eine eventuelle Klageverbindung im zweiten Sinne, bei der die Eventualität nicht für die Entscheidung über die Ansprüche, sondern für ihre Vollstreckungsmöglichkeit gilt. Daß eine solche Klagehäufung vorliegt und es sich nicht um einen der anderen Fälle eventueller oder alternativer Verbindung mehrerer Ansprüche handelt, gilt es in der Form des Antrages klar zum Ausdruck zu bringen. Dabei vermeiden wir am besten das Wörtchen „oder", welches immer mehr auf eine alternative als auf eine eventuelle Verbindung hindeutet[8]). Beim Schadensersatzanspruch für den Fall des Fristablaufs werden wir daher etwa beantragen: „den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger ein Fahrrad Marke „Olymp" innerhalb einer Frist von einer Woche nach Rechtskraft des Urteils herauszugeben und, falls er es innerhalb dieser Frist nicht herausgibt, an den Kläger 50.— RM zu zahlen." Beim Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe werden wir beantragen: „den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger ein Fahrrad Marke „Olymp" herauszugeben und, falls die Herausgabe unmöglich ist, an den Kläger 50.— RM zu zahlen."

III. In diesem Zusammenhange sei auch noch die Frage erörtert, wie die Höhe des Schadensersatzanspruches zu be-

---

[6]) Stölzel, Schulung f. d. ziv. Praxis, S. 341.

[7]) Siegel in JW. 1910, 56.

[8]) Zu welchen Folgen dies führt, sehen wir bei Josef (JW. 1910, 919), der das wahre Verhältnis der beiden Klaganträge nicht erkannt hat.

messen ist. Siegel[9]) und die Protokolle[10]) halten den Klagantrag schon deshalb für nicht bestimmt genug und deshalb für unzulässig, weil es dem Kläger nicht möglich sei, einen genauen Betrag als Schadensersatzforderung anzugeben. Jedoch zu Unrecht. In den Fällen der §§ 250, 989, 990 und 992 BGB. wird sich der Schaden in der Regel auf den Wert des herauszugebenden Gegenstandes beschränken. Zum mindesten kann der Gläubiger diesen gemeinen Wert des Gegenstandes ersetzt verlangen[11]). Er kann daher stets bei Klageerhebung einen bestimmten Betrag angeben. Bei zweiseitigen Verträgen, also in den Fällen der §§ 325, 326 BGB., wird der Schadensersatzanspruch freilich den gemeinen Wert der Sache meistens übersteigen. Aber auch hier ist der Kläger in der Lage, die Höhe der Ersatzforderung zu bestimmen. Soweit abstrakte Schadensberechnung zulässig ist, kann der Gläubiger seiner Schadensberechnung den Marktpreis zugrunde legen, der zu dem Zeitpunkte galt, in dem der Schuldner in Verzug geriet[12]). Ist nur die konkrete Schadensberechnung zulässig, so kann der Gläubiger den Preis seines Deckungskaufes als Schadensersatz geltend machen. Hat er einen solchen noch nicht abgeschlossen, so kann er auch hier zum mindesten den gemeinen Wert der Sache ersetzt verlangen. Der Kläger kann also in jedem Falle einen bestimmten Betrag als die Höhe des verlangten Schadensersatzes angeben. Im übrigen kann der Kläger aber auch nach § 287 ZPO. die Schätzung des Schadens dem Gericht überlassen[13]).

Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts ändert sich übrigens durch die Klageverbindung nicht. An und für sich sind gemäß § 5 ZPO. für die Berechnung des Streitwertes mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche zusammenzurechnen. In unserem Falle erfolgt eine solche Zusammenrechnung jedoch nicht, obwohl es sich formell um zwei Ansprüche handelt. Beide Ansprüche beruhen auf demselben Rechtsgrunde, und der eine drückt nur den Geldwert des anderen aus, so daß man den § 5 ZPO. nicht anwenden darf[14]). Ist der Schadensersatzanspruch höher als der gemeine Wert der

---

[9]) Siegel, JW. 1910, 56.
[10]) Protokolle zum Entwurf des BGB. I, S. 322.
[11]) RG. 54, 33.
[12]) RG. 90, 424 und 91, 31.
[13]) Er kann dies schon im Klagantrag zum Ausdruck bringen. RG 140, 213.
[14]) Stein § 5 Erl. I; Förster-Kann § 5 Erl. 1 b.

herauszugebenden Sache, so bestimmt er als der Anspruch mit dem höheren Streitwert auch den Streitwert der gesamten Klage, obwohl er nur als eventueller Anspruch geltend gemacht ist.

§ 10. Die Zwangsvollstreckung.

Der Kläger erstreitet, wenn seinem Klageantrage, wie wir ihn inhaltlich oben festgelegt haben, stattgegeben wird, ein Urteil über beide Ansprüche. Schon daraus folgt, daß der Kläger auch auf beide Ansprüche die Zwangsvollstreckung muß richten können. Eccius[1]) ist der Ansicht, daß der Kläger, der den Schadensersatz für den Fall des Fristablaufs geltend gemacht hat, in dieser Frist auf Grund des auf Leistung gerichteten Urteils einen Zwang zur Leistung nicht ausüben könne. Der Kläger könne sich nur ohne Zwang — zum Beispiel durch Aufrechnung — befriedigen. Das Gläubigerrecht sei bis zum Ablauf der Frist auf eine facultas des Schuldners abgeschwächt. Die facultas erblickt Eccius darin, daß der Schuldner die eigentliche, hinter dem Fristablauf liegende Verbindlichkeit des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bis zum Fristablauf durch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit abwehren könne[2])[3]). Diese Ansicht entbehrt jeder Begründung. Eccius geht von der falschen Voraussetzung aus, daß der Kläger gerade auf die Verwirklichung des Schadensersatzanspruchs hinziele. In Wirklichkeit ist und bleibt aber der Anspruch auf Erfüllung die Hauptsache[4]). Nicht er, sondern der Schadensersatzanspruch ist als eventueller Anspruch geltend gemacht.

Die Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs selbst ist abhängig von dem Fristablauf oder von der Unmöglichkeit der Herausgabe. Es fragt sich, ob die Vollstreckungsklausel für den zweiten Teil des Urteils bereits zusammen mit der Vollstreckungsklausel für den ersten, auf Herausgabe gerichteten Teil des Urteils erteilt werden darf. Von der herr-

---

[1]) Eccius in Gruch. Beitr. 47, 152. Zustimmend Pünder ZZP. 41, 53.

[2]) Wegen der unklaren und in sich widerspruchsvollen Darstellung von Eccius vgl. auch Hein, Duldung, S. 300, Fußnote 2.

[3]) Das Fortbestehen des Leistungsanspruchs selbst scheint Eccius nicht bestreiten zu wollen, da er ja eine Geltendmachung durch Aufrechnung zuläßt. Es soll also nur die Erzwingbarkeit ausgeschlossen sein.

[4]) Dies betonen mit Recht Marquard, JW. 1909, 37 und Lazarus, DJZ. 1908, 302.

schenden Meinung wid dies bejaht[5]). § 726 ZPO. findet keine Anwendung. Der Zweck dieser Vorschrift ist, daß die richterliche Entscheidung in allen den Fällen herbeizuführen ist, in denen für die Frage nach der Vollstreckbarkeit des Urteils noch materielle Voraussetzungen geprüft werden müssen. Der vom Gesetzgeber gebrauchte Begriff „Tatsachen" ist freilich weit auszulegen. Man kann jedenfalls die Anwendbarkeit des § 726 ZPO. nicht, wie Müller[6]) es tun will, deshalb ausschließen, weil die Unmöglichkeit der Herausgabe keine Tatsache, sondern ein Rechtsbegriff sei. Eine richterliche Prüfung ist aber nicht notwendig hinsichtlich solcher Tatsachen, die sich bei der Vollstreckung selbst vor den Augen des Gerichtsvollziehers ereignen und von diesem selbst nachgeprüft werden können. Wie wir oben festgestellt haben, ist die Unmöglichkeit der Herausgabe anzunehmen, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache bei dem Schuldner nicht vorfindet. Der Gerichtsvollzieher kann daher ohne weiteres die Unmöglichkeit der Herausgabe und die Voraussetzung für die Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs feststellen. Somit liegt ein Anlaß zu einer richterlichen Prüfung der Vollstreckungsvoraussetzungen nicht vor.

Die Bedenken, die gegen diese Entscheidung im Schrifttum[7]) angeführt werden, beruhen meist[8]) auf der von uns bereits abgelehnten Ansicht, daß der Nachweis der Unmöglichkeit der Herausgabe von weitergehenden Voraussetzungen abhängig zu machen sei. Wer im Gegensatz zu der von uns vertretenen Ansicht den Beweis der Unmöglichkeit der Herausgabe noch nicht bei dem ersten vergeblichen Versuch der auf die Herausgabe gerichteten Zwangsvollstreckung als erbracht ansieht[9]), muß selbstverständlich den § 726 ZPO. anwenden. Wenn z. B. Sellner[10]) die Entscheidung der Frage nach der tatsächlichen Unmöglichkeit der Herausgabe von besonders strengen Anforderungen abhängig macht, so kann er diese Entscheidung

---

[5]) Stein, § 726 Erl. II, 2; Petersen-Anger, § 726, Erl. 2; Struckmann-Koch, § 751, Erl. 3; Levy, Gruch. Beitr. 36, 39; Kammerger. in Rspr. 18, 394.

[6]) Müller in Gruch. Beitr. 57, 811.

[7]) Eccius, Gruch. Beitr. 33, 141; Falckmann, Zwangsvollstreckung, S. 104; Kohler, Arch. Ziv. 80, 288, Note 2; Sellner, Bl. f. RA. 69, 498. Auch Hellwig, Anspruch, S. 113 will die §§ 726, Abs. I, 731 ZPO. anwenden.

[8]) Falckmann (a. a. O. Fußnote 34) hält die Anwendung des § 726 ZPO. für notwendig, weil es sich um die Vollstreckung zweier selbständiger Ansprüche handele. Das ist aber an sich kein Grund, die Vollstreckungsklausel für den zweiten Anspruch nicht sofort zu erteilen.

[9]) Eccius, Gruch. Beitr. 33, 141; Sellner, Bl. f. RA. 69, 498.

[10]) Sellner, a. a. O.

nicht dem Gerichtsvollzieher überlassen. Legt man aber den von uns vertretenen Standpunkt zugrunde, so lassen sich gegen die herrschende Meinung keinerlei Bedenken herleiten.

Beim Schadensersatzanspruch für den Fall des Fristablaufs bedarf es einer Anordnung nach § 726 ZPO. noch viel weniger, da hier die Frist, nach deren Ablauf der Schadensersatzanspruch vollstreckt werden kann, kalendermäßig bestimmt oder von der Rechtskraft oder Zustellung des Urteils ab bemessen ist. Der Kläger braucht in diesem Falle überhaupt nicht nachzuweisen, daß der Beklagte die Sache nicht innerhalb der Frist herausgegeben hat.

2. Kapitel:

Die Unzulässigkeit der Verbindung nach § 510b ZPO.

§ 11 . Die Bedeutung des § 510 b ZPO.

Wir waren oben zu dem Ergebnis gelangt, daß nach § 259 ZPO. außer der Geltendmachung von bedingten Ansprüchen auch die Geltendmachung von solchen Ansprüchen zulässig ist, die sich bei ihrer Abhängigkeit von einer conditio iuris in einem bedingungsähnlichen Zustande befinden. Wir konnten daher die Klageverbindung auch in allen den Fällen unseres eventuellen Schadensersatzanspruches zulassen, in denen der Anspruch zwar kein verhalten-bedingter, sondern künftiger war, er aber praktisch nur noch von dem tatsächlichen Eintritt der Unmöglichkeit der Herausgabe abhing. E i n e n Fall des künftigen Anspruchs mußten wir jedoch dabei außer Acht lassen (§ 8 I 2): den des § 283 BGB. Die Vorschrift des § 283 BGB. gestattet jedem Gläubiger, dem Schuldner nach seiner rechtskräftigen Verurteilung eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung zu setzen und nach dem Ablauf der Frist Schadensersatz zu verlangen. Für die Geltendmachung dieses Ersatzanspruchs ist nun von großer Wichtigkeit der § 510 b ZPO., eine Vorschrift, die sich bereits im § 51 des Gewerbegerichts-Gesetzes vom 30. Juli 1901 befindet und erst durch die Novelle vom Jahre 1909 in die Zivilprozeßordnung aufgenommen ist. Danach kann im amtsgerichtlichen Verfahren der Beklagte zu-

gleich mit der Verurteilung zur Leistung auch zur Zahlung einer Entschädigung für den Fall des Fristablaufs verurteilt werden. Nichts bestätigt besser unsere oben vertretene Ansicht von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Geltendmachung rein zukünftiger Ansprüche als dieser § 510 b ZPO.[1]). Denn welche Bedeutung sollte der § 510 b ZPO. haben, wenn die — von uns bekämpfte — Ansicht von der uneingeschränkten Zulässigkeit der Klageverbindung des eventuellen Schadensersatzanspruchs mit dem Leistungsanspruch nach § 259 ZPO. richtig wäre? § 510 b ZPO. enthielte dann nur insofern eine Besonderheit, als der auf die Verurteilung zur Schadensersatzleistung gerichtete Antrag nicht schon in der Klageschrift gestellt zu werden braucht und als von dem Erfordernis der Besorgnis des § 259 ZPO. abgesehen ist[2]). Dabei wäre sogar der letzte Unterschied praktisch ohne Bedeutung, da, wie wir gesehen haben, die Besorgnis des § 259 ZPO. in der Regel schon dann vorliegt, wenn der Gläubiger den Hauptanspruch klageweise geltend macht. Sodann würde der § 510 b ZPO. — worauf Hein[3]) hinweist — den Gläubiger hinsichtlich des Ersatzanspruchs auch geradezu schlechter stellen als die Eventualhäufung der Klagen nach § 259 ZPO., da das Gericht auf den Entschädigungsantrag nicht eingehen muß, und da der Kläger grundsätzlich nach § 888 a ZPO. das Recht zur Vollstreckung des Stammanspruchs verliert.

Eine eigentliche Bedeutung gewinnt daher der § 510 b ZPO. erst da, wo eine Klageverbindung nach § 259 ZPO. nicht zulässig ist, also im Falle des § 283 BGB. Hier ist die Fristsetzung erst nach der rechtskräftigen Verurteilung möglich, so daß man nicht schon zur Zeit der Geltendmachung des Hauptanspruchs von einem bedingungsähnlichen Zustande des Ersatzanspruchs sprechen kann. Erst der § 510 b ZPO. ermöglicht es, daß über den Ersatzanspruch des § 283 BGB. sofort entschieden und eine zweite Klage dem Gläubiger erspart wird. Dabei muß aber als Frist ein nach der Rechtskraft des Urteils beginnender Zeitraum festgesetzt werden. Denn § 510 b ZPO. ist eine reine Verfahrensvorschrift und gestattet keine Abänderung der materiellrechtlichen Regeln des § 283 BGB.[4]). Es ist deshalb nicht zu-

[1]) Skon-Gelpke, § 510 b Erl. 3 erblickt dagegen im § 510 b ZPO. nur eine weitere Vereinfachung der schon sonst zulässigen subsidiären Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

[2]) Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung, S. 301.

[3]) Hein, a. a. O., Fußnote 1.

[4]) Hein, a. a. O.

lässig, die Frist vor dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils beginnen oder gar ablaufen zu lassen.

II. Nun ist aber zu beachten — und damit kehren wir zu dem Ausgangspunkte unserer Arbeit zurück —, daß der § 510 b ZPO. nur von der Verurteilung zur Vornahme einer Handlung spricht. Nach der herrschenden Lehre[5]) ist die Anwendung des § 510 b ZPO. auf eine Verurteilung zur Herausgabe von Sachen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes nicht zulässig. An und für sich ist ja auch die Herausgabe einer Sache eine „Handlung". Die sprachliche Bedeutung des Begriffes „Handlung" würde also der Ansicht der herrschenden Lehre entgegengehalten werden können. Tatsächlich wird aber der Begriff „Handlung" in der ganzen Zivilprozeßordnung niemals in diesem umfassenden Sinne gebraucht, vielmehr werden im dritten Abschnitt des achten Buches die Herausgabe von Sachen und Handlungen gerade nebeneinander gestellt. Es muß daher auch angenommen werden, daß der Gesetzgeber, wenn er die Herausgabe von Sachen mit in die Vorschrift des § 510 b ZPO. hätte hineinnehmen wollen, dies zum Ausdruck gebracht hätte. Falsch ist es allerdings, wenn sich die herrschende Lehre zur Stützung ihrer Ansicht auch auf den § 888 a ZPO. beruft. Insoweit ist Baumbach[6]) Recht zu geben, wenn er diese Ansicht als einen Formalismus bezeichnet. Aus § 888 a ZPO., der für den Fall des § 510b ZPO. die Zwangsvollstreckung nach den §§ 887, 888 ZPO. ausschließt, wäre höchstens zu folgern, daß bei einem Urteil auf Herausgabe von Sachen die Vollstreckung des Herausgabeanspruchs nicht ausgeschlossen ist, diese vielmehr nach § 883 ZPO. erfolgen kann. Darüber hinaus vermag aber auch Baumbach nichts gegen die herrschende Lehre vorzubringen. Wir haben deshalb keinen Anlaß, uns von dieser, sich auf den Wortlaut des Gesetzes stützenden Lehre zu entfernen.

Wenn somit auch der § 510 b ZPO. auf die Verurteilung zur Herausgabe von Sachen keine Anwendung findet, so folgt doch daraus keineswegs, daß die Verbindung der Klage aus einem eventuellen Schadensersatzanspruch mit der Klage auf Leistung außerhalb des Rahmens des § 510 b ZPO. überhaupt unzulässig ist. Der § 510 b ZPO. will für ganz bestimmte Fälle, nämlich für die Verurteilung auf Vornahme einer Handlung,

---

[5]) Stein, § 510 b Erl. II, 1; Seuffert-Walsmann § 510 b Note *2*; Förster-Kann § 510 b Erl. *2* a.

[6]) Baumbach, § 510 b Erl. *2*.

eine besondere Art der Klageverbindung schaffen, indem er dem Kläger gestattet, jederzeit und durch formlosen Antrag eine Entscheidung über den eventuellen Schadensersatzanspruch herbeizuführen. Über die Frage, ob nach den übrigen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung eine Verbindung der Klage auf Leistung mit der Klage auf Schadensersatz zulässig ist, darüber besagt der § 510 b ZPO. nichts. Er läßt einen Rückschluß in dieser Frage nicht zu[7]) und beeinflußt daher die von uns in dieser Richtung angestellten Erörterungen in keiner Weise.

3. Kapitel: Abweichende Ansichten.

§ 12. Die Ansicht der unbeschränkten Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klageverbindung.

Soweit sich zu den von uns bisher erörterten Einzelfragen im Schrifttum abweichende Ansichten fanden, haben wir diese jeweils sogleich an Ort und Stelle erwähnt und ihre Unrichtigkeit nachgewiesen. Bevor wir jedoch das aus den bisherigen Darlegungen Gewonnene zu einem abgerundeten Bilde zusammenfassen, sei noch auf diejenigen Ansichten eingegangen, die zu der von uns behandelten Gesamtfrage überhaupt grundsätzlich eine andere Stellung einnehmen, indem sie die Verbindung der Klage auf Herausgabe mit der Klage aus dem Schadensersatzanspruch für unbeschränkt zulässig oder für unbeschränkt unzulässig ansehen.

Die erste Ansicht, also die der unbeschränkten Zulässigkeit der Klageverbindung, wird vor allem für den Schadensersatzanspruch im Falle des Fristablaufs im Schrifttum von nicht wenigen Schriftstellern[1]) vertreten. Eccius[2]) will die unbedingte Zulässigkeit allein aus dem praktischen Bedürfnis herleiten. Er hält sie auch für unbedenklich, weil durch die

---

[7]) Vgl. Pünder, ZZP. 41, 57; zustimmend Klaholt, Gruch. Beitr. 58, 791.

[1]) Hellwig, System I, 260, Lehrb. I, 377 und Anspruch, S. 113; Schmidt, Lehrb., S. 717 (anders Änderungen S. 84, wo er nur die Verbindung mit der Feststellungsklage zuläßt); Falckmann, Zwangsvollstreckung, S. 103; Eccius, Gruch. Beitr. 33, 141 und 47, 152.

[2]) Eccius, Gruch. Beitr. 47, 152.

Klageverbindung auch dem Gläubiger ein Nachteil erwachse. Er könne nämlich aus dem auf Leistung gerichteten Urteil nicht mehr vollstrecken, da durch die Fristsetzung sein Recht auf Leistung zu einer bloßen facultas alternativa des Schuldners abgeschwächt sei. Der Schuldner könne die Forderung auf Schadensersatz bis zum Fristablauf durch Benutzung der facultas der Leistung abwehren. Daß diese Ansicht unrichtig ist, haben wir oben (§ 10) nachgewiesen.

Andere Schriftsteller[3]) stützen sich auf den § 255 ZPO. Aus dieser Gesetzesvorschrift soll folgen, daß die Klage aus dem eventuellen Schadensersatzanspruch ohne weiteres zulässig ist. Für diese Ansicht scheint auch tatsächlich die Begründung der Novelle vom Jahre 1898[4]) zu sprechen, in der es heißt: „Das BGB. gewährt in gewissen Fällen dem Gläubiger das Recht, zur Befriedigung seines Anspruchs eine angemessene Frist zu bestimmen und nach deren Ablauf entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder die Aufhebung des Vertrages herbeizuführen. . . Um dem Kläger in allen diesen Fällen eine rasche Verwirklichung seines Rechtes zu sichern, sieht der Entwurf vor, daß auf dessen Antrag die Frist schon im Urteile zu bestimmen ist.“ Also sollte auch der § 255 ZPO. dazu dienen, das Verfahren zu beschleunigen. Dieser Erfolg würde aber am sichersten dann eintreten, wenn man dem Kläger gestattet, auch sofort den Schadensersatzanspruch einzuklagen. Daß das Gesetz dies tatsächlich zulassen wollte, ja, diese Zulässigkeit sogar stillschweigend vorausgesetzt und nur noch die Möglichkeit der Fristbestimmung ausdrücklich im § 255 ZPO. erwähnt hat, kann man jedoch höchstens vermuten. Diese Vermutung und der aus ihr gezogene Schluß erweisen sich aber als falsch, wenn man auf die Entstehungsgeschichte des § 255 ZPO. eingeht. Die Entstehung des § 255 ZPO. hängt nämlich mit dem § 283 BGB. und dessen erster Fassung im § 243 Entwurf I zusammen. Der § 243 E. I hatte folgenden Wortlaut: „Die Vorschriften der §§ 240 bis 242 finden entsprechende Anwendung, wenn der Schuldner, nachdem er rechtskräftig verurteilt worden ist, binnen einer von dem Gläubiger zu bestimmenden angemessenen Frist die Leistung nicht bewirkt. Die Fristbestimmung muß ergeben, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr wolle.“ In der Kommission für die zweite Lesung wurden zu diesem Paragraphen verschiedene Anträge gestellt[5]).

[3]) Hellwig a. a. O.; Schmidt a. a. O.
[4]) Hahn VIII, S. 99.
[5]) Prot. zum Entwurf des BGB. I, S. 321 ff.

Der Antrag I wollte dem § 243 folgenden Satz 2 anfügen: „Auf Antrag des Gläubigers ist die Frist in dem Urteile zu bestimmen." Antrag IV wollte demselben Paragraphen hinzufügen: „Die Klage auf Schadensersatz kann unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages fürsorglich mit der Klage auf Leistung verbunden werden." Der Antrag I wurde angenommen. Der Antrag IV hingegen wurde abgelehnt mit der Begründung, daß die prozeßrechtliche Frage der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches an dieser Stelle nicht entschieden werden solle. Später[6]) wurde beantragt, den dem § 243 angefügten Satz 2 wieder zu streichen und statt dessen den § 230 b (jetzigen § 255) in die Zivilprozeßordnung einzustellen. Dieser Antrag wurde angenommen. Aus dieser Entstehungsgeschichte folgt, daß der Gesetzgeber die Frage der gleichzeitigen Geltendmachung eines eventuellen Schadensersatzanspruchs absichtlich nicht entschieden hat. Es geht daher nicht an, zu sagen, der § 255 ZPO. setze die Zulässigkeit einer solchen Geltendmachung stillschweigend voraus[7]). Der § 255 ZPO. wollte dem Gläubiger nur gestatten, die Frist sogleich im Urteil festsetzen zu lassen und dadurch dem Schuldner für die Zukunft jeden Einwand gegen die Angemessenheit der Frist zu nehmen. Nur hinsichtlich dieser Fristbestimmung enthält der § 255 ZPO. eine Vorwegnahme[8]). Es wird durch ihn eine besonders zweckmäßige Vereinigungsform eröffnet, insofern der Kläger die Fristsetzung dem Richter übertragen darf[9]). Der Kläger kann aber nicht verlangen, daß auch die materielle Rechtsfolge der Fristversäumung schon im Urteil ausgesprochen wird. Wie Siegel[10]) zutreffend sagt, ist die Fristbestimmung nach § 255 ZPO. keine Sachentscheidung über materielles Recht, sondern eigentlich ein aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Prozeßgericht übertragener Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit[11]).

Der von uns aus der Entstehungsgeschichte des § 255 ZPO. gezogene Schluß ist so zwingend, daß er auch nicht unter Berufung auf einen angeblichen Zusammenhang zwischen § 254 und § 255 ZPO. beseitigt werden kann. Zu Unrecht will Schmidt[12]) aus einem Zusammenhang zwischen § 254 und § 255

[6]) Prot. zum Entwurf des BGB. VI, S. 155.
[7]) Vgl. Josef in Gruch. Beitr. 47, 494 und JW. 1910, 920; Pünder, ZZP. 41, 58; Klaholt, Gruch. Beitr. 58, 792.
[8]) Hellwig, Anspruch, S. 112, Fußnote 26.
[9]) Hein, Duldung, S. 299.
[10]) Siegel, JW. 1910, 56.
[11]) Vgl. aber Hellwig, Lehrb. I, S. 377, Fußnote 78.
[12]) Schmidt, Lehrb., S. 718; zustimmend Pünder, ZZP. 41, 55.

ZPO. folgern, „daß das Gesetz hier einen Gedankensprung gemacht hat und implicite zunächst das Verfahren zulassen wollte, ohne welches die Bestimmung des § 255 zwecklos, weil selbstverständlich gewesen wäre." Demgegenüber hat Stein[13]), eben weil eine solche Analogie unzulässig ist, de lege ferenda angeregt, in einem dem § 255 (230 b a. F.) ZPO. angefügten dritten Absatz die Fortsetzungsmöglichkeit des Verfahrens ausdrücklich auszusprechen. Dieser Vorschlag hat jedoch keine Verwirklichung gefunden.

II. Auch die Ansicht der unbeschränkten Unzulässigkeit der Klageverbindung wird im Schrifttum nicht selten vertreten. Siegel[14]) stützt diese Ansicht insbesondere darauf, daß die Klage aus noch nicht bestehenden Ansprüchen grundsätzlich unzulässig sei, da die Zivilprozeßordnung eine solche Klage nicht vorsehe. Auch Romeick[15]) hält die Klageverbindung aus diesem Grunde für unzulässig. Daß dies unrichtig ist, und daß auch von einer conditio iuris abhängige Ansprüche unter gewissen Voraussetzungen nach § 259 ZPO. geltend gemacht werden können, haben wir oben (§ 8) nachgewiesen. Romeick[16]) hält schon die Verbindung einer auf den Schadensersatzanspruch gerichteten Feststellungsklage für unzulässig; es könne nicht auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses geklagt werden, welches „gerade nicht fest, sondern völlig im Ungewissen" stehe; die von dem Gericht vorgenommene Fristbestimmung sei nur der erste Keim einer Rechtsgestaltung, die ganze spätere Entwicklung liege jenseits und hinter dem Urteil. Auch diese Ansicht müssen wir von unserem oben (§ 8 I 2) festgelegten Standpunkte aus ablehnen .

Josef[17]), der im Gegensatz zu Siegel die klageweise Geltendmachung von noch nicht bestehenden Ansprüchen zuläßt, verneint die Zulässigkeit der Klageverbindung, weil in den vorliegenden Fällen die erforderliche Wahrscheinlichkeit für das Entstehen des Anspruchs nicht gegeben sei und weil die Besorgnis, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, fehle. Insoweit haben wir das Gegenteil aber ebenfalls bereits nachgewiesen (§ 8 I 2)[18]).

[13]) Stein, ZZP. 24, 222.
[14]) Siegel, JW. 1910, 55.
[15]) Romeick, Zur Technik des BGB., Heft 1, S. 104.
[16]) Romeick a. a. O.
[17]) Josef, JW. 1910, 919 ff.
[18]) Ohne Begründung findet sich die Ansicht der unbedingten Unzulässigkeit auch bei Struckmann-Koch § 255, Note 2, und Petersen-Anger § 255, Erl. 1.

Schließlich findet sich in der Rechtsprechung eine Entscheidung, die nicht unerwähnt bleiben soll, da sie, abgesehen von anderen — hier bereits widerlegten — Gründen die unbeschränkte Unzulässigkeit der Klageverbindung aus § 893 ZPO. herleiten will. Es handelt sich um die für die Geschichte unseres Problems bereits als bedeutungsvoll bezeichnete Entscheidung des OLG. Hamburg[19]), in der dieses ausgeführt hat, der § 778 a. F. (jetzt § 893) ZPO. bestimme ausdrücklich, daß durch die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen das Recht des Gläubigers nicht berührt wird, die Leistung des Interesses zu verlangen. Da er jedoch weiter bestimme, daß der Gläubiger diesen Anspruch im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht I. Instanz geltend zu machen hat, müsse man aus dieser Vorschrift folgern, daß die Klage aus dem Anspruch auf das Interesse nicht von vornherein mit der Klage aus dem Herausgabeanspruch verbunden werden könne. Dieser Schluß ist aber in keiner Weise gerechtfertigt. Die Vorschrift des § 893 ZPO. besagt nichts weiter, als daß die Voraussetzungen, unter denen dem Gläubiger ein Anspruch auf das Interesse zusteht, nach materiellem Recht zu beurteilen sind und durch die formellen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung nicht beeinträchtigt werden[20]). Und wenn § 893 Abs. II ZPO. bestimmt, daß der Anspruch in einer Klage vor dem Prozeßgericht I. Instanz geltend zu machen ist, so sollte damit nur gesagt werden, daß der Anspruch in keinem Falle in dem Zwangsvollstreckungsverfahren selbst geltend gemacht werden kann. Ein solcher Hinweis mochte dem Gesetzgeber notwendig erscheinen, da es nach den bisher geltenden Prozeßordnungen verschiedener Länder möglich war, daß der Gläubiger seinen Schaden sofort von dem Vollstreckungsgericht feststellen ließ und die festgesetzte Schadenssumme von dem Schuldner beitrieb[21]). Daß aber der Anspruch auf Leistung des Interesses in jedem Falle in einer neuen, zweiten Klage geltend gemacht werden muß, kann aus § 893 Abs. II ZPO. nicht gefolgert werden[22]).

[19]) Seuff. Arch. 47, 346.
[20]) Vgl. Hahn II, 1, S. 468.
[21]) Vgl. Hahn II, 2, S. 1001.
[22]) Auch Eccius, Gruch. Beitr. 33, 141 lehnt einen solchen Schluß ab.

Schluß.

§ 13. Ergebnis und Schlußbetrachtung.

Fassen wir das aus den von uns angestellten Erörterungen Gewonnene zusammen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis:

Der Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe ist nur ein nicht gegenwärtiger Anspruch; sein Entstehen ist nicht von einer eigentlichen Bedingung, sondern von dem Eintritt einer conditio iuris abhängig (§ 4). Der Schadensersatzanspruch für den Fall des Fristablaufs dagegen ist — abgesehen von dem Falle des § 283 BGB. — ein verhaltenbedingter Anspruch (§ 5). Bei der klageweisen Verbindung des eventuellen Schadensersatzanspruchs mit dem Anspruch auf Herausgabe handelt es sich nicht um eine bedingte Klageerhebung im eigentlichen Sinne. Beide Ansprüche werden vielmehr unbedingt erhoben. Die Bedingung ist nur derart in dem zweiten Teile des Klageantrags enthalten, daß die Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs von der Nichtverwirklichung des Hauptanspruchs abhängig sein soll (§ 6). Da der redliche Besitzer notwendigerweise einmal zu einem unredlichen Besitzer wird, entfällt bei dem Schadensersatzanspruch für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe die Frage des Verschuldens. Die Verschuldensvoraussetzung spielt höchstens insofern eine Rolle, als der Schuldner sich im Wege der Vollstreckungsgegenklage auf die Ausnahmevorschriften der §§ 285 und 287 BGB. berufen darf. Grundsätzlich kann daher der Gerichtsvollzieher, ohne in eine weitere Prüfung einzutreten, mit der Vollstreckung wegen des Schadensersatzanspruchs beginnen, wenn er die herauszugebende Sache bei dem Schuldner nicht vorfindet. Es lassen sich somit gegen den auf die Verurteilung zur Schadensersatzleistung gerichteten Klageantrag keinerlei Bedenken dahin vorbringen, daß er nicht bestimmt genug sei, um eine hinreichende Grundlage für das Vollstreckungsverfahren zu bilden (§ 7). Die Geltendmachung bedingter Ansprüche nach § 259 ZPO. ist, wie aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift

gefolgert werden kann, grundsätzlich zulässig. Aber auch soweit es sich bei den in Frage stehenden eventuellen Schadensersatzansprüchen um zukünftige, von einer conditio iuris abhängige Ansprüche handelt, halten wir entgegen der herrschenden Meinung die Geltendmachung dieser Ansprüche nach § 259 ZPO. für zulässig, da sich die fraglichen Ansprüche in einem bedingungsähnlichen Zustande befinden. Die nach § 259 ZPO. erforderte Besorgnis des Nichtleistenwerdens durch den Schuldner ist schon darin zu erblicken, daß er es überhaupt zu einer Klage wegen des Hauptanspuchs kommen läßt (§ 8). Im Klageantrage selbst ist klar zum Ausdruck zu bringen, daß es sich um keine alternative sondern um eine eventuelle Verbindung zweier Ansprüche handelt, und zwar um eine eventuelle Verbindung in dem Sinne, daß über beide Ansprüche entschieden werden soll, der eine Anspruch aber nur dann soll vollstreckt werden können, wenn der andere Anspruch nicht erfüllt oder im Wege der Zwangsvollstreckung nicht befriedigt wird. Als Schaden muß der Kläger einen bestimmten Betrag angeben. Der Streitwert ändert sich durch die Verbindung der Ansprüche nicht (§ 9). Mit dem erstrittenen Urteil kann der Kläger wegen beider Ansprüche die Zwangsvollstreckung betreiben. Die Vollstreckungsklausel für den Schadensersatzanspruch ist zugleich mit der für den Hauptanspruch zu erteilen, da § 726 ZPO. keine Anwendung findet (§ 10). Die Vorschrift des § 510 b ZPO. ist auf die Verurteilung zur Herausgabe von Sachen nicht anwendbar. Andererseits bietet aber § 510 b ZPO. keine Handhabe, die Verbindung der Klage aus einem eventuellen Schadensersatzanspruch mit der Klage auf Leistung überhaupt für unzulässig zu erklären (§ 11). Die Ansichten der unbeschränkten Zulässigkeit und der unbeschränkten Unzulässigkeit einer klageweisen Verbindung des Herausgabeanspruchs und des eventuellen Schadensersatzanspruchs lehnen wir ab (§ 12).

Unter Würdigung dieses Ergebnisses können wir — zurückblickend auf den Ausgangspunkt unserer Arbeit — feststellen, daß entgegen dem Vorschlage von Baumbach zu einer Ausdehnung des § 510 b ZPO. auf die Verurteilung zur Herausgabe von Sachen kein Anlaß besteht. Nach den von uns gemachten Ausführungen ist vielmehr die klageweise Verbindung des eventuellen Schadensersatzanspruchs mit dem Herausgabeanspruch praktisch in einem solchen Umfange zulässig, daß durch eine Nichtanwendung des § 510 b ZPO. auf Herausgabeansprüche keinerlei nachteilige Folgen entstehen und ein Bedürfnis nach vereinfachter Regelung nicht besteht.

Lebenslauf.

Ich wurde geboren am 27. Dezember 1909 in Magdeburg. Meine Eltern sind der Stadtobersekretär Hermann Eltze in Magdeburg und seine Ehefrau Anna, geb. Thies. Ich besuchte die 2. Neustädter Bürger-Knabenschule und das König-Wilhelms-Gymnasium in Magdeburg. Nach Ablegung der Reifeprüfung am 23. Februar 1929 studierte ich an den Universtäten in Leipzig, Innsbruck und Halle Rechts- und Staatswissenschaften. In Halle hörte ich die Vorlesungen der Professoren: Aubin, Bilfinger, Boehmer, Finger, Fleischmann, Grünfeld, Hein, Joerges, Kisch, Kitzinger und Ruth. Am 26. Mai 1933 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt in Naumburg die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 15. Juni 1933 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit gab mir Herr Professor Dr. H e i n , dem ich an dieser Stelle hierfür meinen aufrichtigen Dank ausspreche.